شرح ملتقى لعبد النافع القريمي
جلد ثاني

كتاب البيع ٣٠٦ | فصل يدخل البناء والمفاتيح ٣٠٩ | باب الخيارات ٣١٣ | باب خيار الرؤية ٣١٨ | باب خيار العيب ٣٢١
باب بيع الفاسد ٣٢٨ | فصل قبض المشتري بيعا باطلا ٣٣٣ | باب الاقالة ٣٣٦ | باب المرابحة والتولية ٣٣٨ | فصل لا يصح بيع المنقول قبل قبضه ٣٤٠
باب الربوا ٣٤٢ | باب الاستحقاق ٣٤٦ | باب السلم ٣٥٠ | مسائل شتى ٣٥٦ | كتاب الصرف ٣٦٠
كتاب الكفالة ٣٦٣ | فصل ولو ادعى رجل الكل ٣٦٩ | باب كفالة الرجلين ٣٧١ | باب الحوالة ٣٧٢ | كتاب القضاء ٣٧٣
فصل اذا ثبت الحكم ٣٨٠ | فصل واذا شهدوا ٣٨٢ | فصل ويجوز قضاء المرأة ٣٨٥ | فصل ولو حكم الخصمان ٣٨٨ | مسائل شتى ٣٨٩
فصل مات نصراني ٣٩٣ | كتاب الشهادة ٣٩٧ | فصل يشهد بكل ما سمعه ٤٠٠ | باب من يقبل شهادته ومن لا يقبل ٤٠٣ | باب الاختلاف ٤٠٩
باب الشهادة على الشهادة ٤١٣ | باب الرجوع عن الشهادة ٤١٥ | كتاب الوكالة ٤١٩ | باب الوكالة بالبيع والشراء ٤٢٢ | باب الوكالة بالخصومة والقبض ٤٢٩
باب عزل الوكيل ٤٣١ | كتاب الدعوى ٤٣٣ | باب التحالف ٤٤٠ | باب ولو قال ذو اليد ٤٤٢ | باب دعوى الرجلين ٤٤٣
باب في التنازع بالايدي ٤٤٧ | باب دعوى النسب ٤٤٩ | كتاب الاقرار ٤٥١ | باب الاستثناء ٤٥٤ | باب اقرار المريض ٤٥٧
كتاب الصلح ٤٥٩ | فصل يجوز الصلح عن مجهول ٤٦١ | باب الصلح عن الدين ٤٦٣ | كتاب المضاربة ٤٦٥ | كتاب الوديعة ٤٧٣
كتاب الهبة ٤٧٤ | كتاب العارية ٤٧٦ | باب الرجوع عن الهبة ٤٨٢ | باب ومن وهبت امة الا حملها ٤٨٥ | كتاب الاجارة ٤٨٦
باب ما يجوز من الاجارة وما لا يجوز ٤٩٠ | باب الاجارة الفاسدة ٤٩٢ | باب الاجير المشترك من يعمل لغير واحد ٤٩٦ | باب فسخ الاجارة ٤٩٩ | مسائل منثورة ٥٠٣
كتاب الكتابة ٥٠١ | باب تصرف المكاتب ٥٠٣ | باب في ولدت المكاتبة ٥٠٤ | باب الكتابة العبد المشترك ٥٠٧ | باب العجز والموت ٥٠٨

كتاب الولاء ٥٠٩ | باب ولاء الموالاة ٥١١ | كتاب الاكراه ٥١٢ | كتاب الحجر ٥١٥ | فصل بحكم بلوغ الغلام بالاحتلام ٥١٨ | كتاب المأذون ٥١٩ | فصل واذا تصرف الصبي ٥٢٤
كتاب الغصب ٥٢٥ | فصل وان غيرت ما غصب ٥٢٨ | فصل وان غيب ما غصب ٥٣١ | كتاب الشفعة ٥٣٥ | فصل وان احلف الشفيع والمشتري ٥٣٨
باب ما يجب فيه الشفعة ٥٤٠ | فصل ويبطل الشفعة ٥٤٢ | كتاب القسمة ٥٤٤ | فصل وينبغي للقاسم ٥٤٧ | فصل ويجوز المهاياة ٥٤٩ | كتاب المزارعة ٥٥١
كتاب المساقاة ٥٥٥ | كتاب الذبائح ٥٥٦ | فصل ويحرم اكل ذي ناب ٥٥٩ | كتاب الاضحية ٥٦١ | كتاب الكراهية والاستحسان ٥٦٦ | فصل في اكل ميتة ٥٦٧
فصل في المسوغات ٥٦٨ | فصل في البيع ٥٧٠ | فصل في الاستبراء ٥٧٣ | فصل في النظر ونحوه ٥٧٥ | فصل في اللبس ٥٧٦ | فصل في الكسب ٥٧٨
كتاب احياء الاموات ٥٨٣ | فصل في الشرب ٥٨٥ | فصل في كري الانهار ٥٨٥ | كتاب الاشربة ٥٨٧ | كتاب الصيد ٥٨٩ | كتاب الرهن ٥٩٣
باب ما يجوز رهنه وارتهانه وما لا يجوز ٥٩٧ | باب رهن يوضع عند عدل ٦٠٠ | باب التصرف ٦٠١ | فصل عصير قيمته عشرة بعشرة ٦٠٥
كتاب الجنايات ٦٠٧ | باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه ٦٠٨ | باب القصاص فيما دون النفس ٦١١ | فصل ويسقط القصاص ٦١٣

١٢٤٤
ط ٢١
١٢٤١

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين

كتاب البيوع

رتب البيع على الوقف لان الوقف اذا صح خرج المملوك عن ملك الواقف لا الى مالك وفي البيع الى
مالك فنزل الوقف في ذلك منزلة البسيط من المركب والبسيط مقدم على المركب في الوجود فقدمه في التعليم ثم البيوع جمع بيع وهو
مصدر فقد يراد به المفعول فيجمع باعتباره كما يجمع المبيع وقد يراد به المعنى المصدري وهو الاصل فجمعه باعتبار انواعه فان
البيع يكون سلما وهو بيع الدين بالعين وقلبه وهو البيع المطلق وصرفا وهو بيع الثمن بالثمن ومقايضة وهو بيع
العين بالعين وبخيار ومنجزا او مؤجل الثمن ومرابحة وتولية ووضيعة وغير ذلك والبيع من الاضداد يقال باعه اذا اخرج
العين عن ملكه اليه وباعه اي اشتراه ويتعدى بنفسه وبالحرف وشرعيته البيع بالكتاب وهو قوله تعالى احل الله البيع وبالسنة
وهو قوله عم يا معاشر التجار ان بيعكم هذا يحضره اللغو والكذب فشوبوه بالصدقة وسبب شرعيته البقاء المعلوم فيه
لله تعالى وشرط في المباشر التمييز والولاية الشرعية الكائنة عن ملك او وكالة او وصاية او قرابة وغير ذلك فصح بيع
الصبي والمعتوه اللذين يعقلان البيع واثره في المبيع كونه مالا مقدور التسليم في الحال او في المآل فيدخل السلم وقد قالوا
في شروطه منها شرط الانعقاد وهو التمييز والولاية وكون المبيع متقوما ومنها شرط النفاذ وهو الملك والولاية حتى اذا باع ملك
غيره توقف النفاذ على الاجازة ممن له الولاية واما ركنه فالفعل المتعلق بالبدلين من المتخاطبين او من يقوم مقامهما
الدال على الرضى بتبادل الملك فيهما وهذا مفهوم الاسم شرعا وقد يكون ذلك الفعل قولا وقد يكون فعلا كما في التعاطي وقد يكون
الرضى ثابتا وقد لا يكون فان لفظ بعت مثلا ليس علة لثبوت الرضى بل امارة عليه فقد يتحقق مع انتفائه كالغيم الرطب للمطر فكذا
يتحقق بعت واشتريت ولا رضى كما في بيع المكره وهذا ما اخترناه من ان حقيقة التراضي ليس جزء مفهوم البيع الشرعي بل
شرط ثبوت حكمه شرعا كذا في فتح القدير وذكر في السراجية لا ينبغي للرجل ان يشتغل بالتجارة ما لم يعلم من احكام البيع والشراء ما يجوز
وما لا يجوز كذا في كراهية التاتارخانية البيع لغة مطلق المبادلة وكذلك الشراء سواء كانت في مال او في غيره قال الله تعالى
ان الله اشترى من المؤمنين انفسهم وقال تعالى اولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى والعذاب بالمغفرة وشرعا
هو مبادلة مال متقوم بمال متقوم تمليكا وتملكا كذا في الاختيار والمال ما يدخر لوقت الحاجة ويثبت بالتمول اي باحراز
كل الناس او بعضهم فان ابيح الانتفاع به شرعا فمتقوم بالكسر والا فغير متقوم فان عدم التمول والانتفاع لم يكن
مالا كذا في القهستاني وقد ضم اليه صاحب الغرر قوله بطريق الاكتساب اي التجارة فخرج به مبادلة رجلين بمالهما بطريق
التبرع او الهبة بشرط العوض فانه ليس ببيع ابتداء وان كان في حكمه بقاء لم يقل على سبيل التراضي ليتناول بيع
المكره فانه منعقد وان لم يلزم كذا في الدرر وفيه انه لم يقيد بالتراضي لانه معتبر في صحته ولزومه لا في انعقاده ونفاذه
فلا مساغ لاعتباره قيدا للبيع في درجة انعقاده كذا في ايضاح ابن كمال وينعقد البيع ويحصل شرعا بايجاب وهو
لغة الاثبات لاي شيء كان والمراد ههنا اثبات الفعل الخاص الدال على الرضى الواقع اولا سواء كان بعت او
اشتريت وقبول وهو الكلام الواقع ثانيا كذلك فيحصل البيع بهما اذا سمع كل واحد كلام الآخر ولو قال البائع لم اسمعه
وليس به صمم وقد سمعه من في المجلس لا يصدق كذا في فتح القدير اعلم ان الاب لوفور شفقته اقيم عبارته مقام
عبارتين فلم يحتج الى القبول ثانيا ويكون اصيلا في حق النفس نائبا عن ابنه الصغير حتى لو بلغ الصغير كانت العهدة
عليه لا على ابيه بخلاف ما اذا باع مال ابنه الصغير من اجنبي فبلغ كانت العهدة على الاب ثم اذا لزم عليه الثمن في صورة
شرائه لنفسه من ابنه الصغير لا يبرأ من الثمن حتى ينصب القاضي وكيلا للصغير فيأخذ الثمن من الاب ثم يؤمر
الوكيل بالرد على الاب فيكون امانة عنده كذا في قاضي خان والتجريد وقال قاضي خان في كتاب الوكالة الواحد لا يتولى

لايتولى العقد من الجانبين الافى مسائل منها الاب اذا اشترى مال ولده الصغير لنفسه او يبيع ماله من ولده فانه يكتفى
بلفظ الواحد وقال الشيخ الامام المعروف بخواهرزاده هذا اذا اتى بلفظ يكون اصلا فى ذلك بان باع ماله فقال بعت هذا
من ولدى فانه يكتفى بقوله بعت اما اذا اتى بلفظ لا يكون هو اصلا فى ذلك اللفظ بان اراد ان يبيع ماله من ولده فقال اشتريت
هذا المال لولدى لا يكتفى بقوله اشتريت ويحتاج الى قوله بعت وهو فى الوجهين يتولى العقد من الجانبين ومنها الوصى
اذا باع ماله من اليتيم او اشترى مال اليتيم لنفسه وكان ذلك خيرا لليتيم ومنها الوصى اذا اشترى مال اليتيم للقاضى
بامر القاضى ومنها العبد يشترى نفسه من مولاه بامر المولى الى ههنا كلام قاضيخان فى كتاب الوكالة بلفظى الماضى كقول
البايع اعطيت وبذلت او رضيت وللمشترى اجزت او قبلت او فعلت او رضيت كذا فى القهستانى نقلا
عن التحفة كبعت واشتريت لان البيع انشاء تصرف يفيد كما ثبت خبرا والانشاء على هذا الوجه لا يعرف
الا بالشرع لما فيه من اثبات معنى لم يكن اللفظ علة له والعبد لا يقدر على ذلك لما له قدرة الاخبار عن الكائن او ما
سيكون وطلبه والشرع استعمل لفظ الخبر اى صنعه علما لاثباته تعالى ذلك المعنى عنده فيثبت ولا ينعقد بلفظين
احدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح فانه اذا قال زوجنى فقال زوجتك فينعقد بمجرد ذلك اما البيع فاذا قال بعنيه
بالف فقال بعتك لا ينعقد حتى يقول الاول اشتريت ونحوه واعلم ان عدم الانعقاد بالمستقبل اذا لم يتصادقا
على نية الحال اما اذا تصادقا على اثبات البيع فى الحال فينعقد به فى القضاء لان صيغة الاستقبال اى المضارع يحتمل
للحال فيثبت بالنية ذكره فى التحفة واما الامر فلا يحصل فى شئ من الكتب التمثيل به لذلك مع انه هو المستقبل حقيقة وذلك
لانه انشاء وبينه وبين الاخبار كمال الانقطاع فلا يتجوز به فيه فلا ينعقد البيع به الا فى قوله خذه بكذا فينعقد لثبوت
الايجاب اقتضاء وما دل على معناهما فان قال له رضيت هذا بدرهم فقال بعتكه او قال اشتريته بدرهم فقال
رضيت او قال اعطيتكه بكذا فقال فعلت او اجزت او اخذت كل هذه الالفاظ من قبل البايع او المشترى يتم
بها البيع لافادتها اثبات المعنى والرضى به والمعنى هو المعتبر فى هذه العقود الا ترى الى ما قالوا وقال وهبتك او
وهبت لك هذه الدار وهذا العبد بثوبك هذا فرضى فهو بيع بالاجماع كذا فى فتح القدير ولكون الاعتبار للمعنى ينعقد
البيع بالتعاطى اى تشارك البايع والمشترى فى العطو واخذ الثمن فى المجلس من غير قول فقبض احد البدلين لا يكفى
هذا عند الحلوانى لكن الصحيح انه يكفى كذا فى قاضيخان فى النفيس والخسيس قيل النفيس نصاب السرقة
فصاعدا والخسيس ما دونه هو الصحيح احتراز عن قول الكرخى انه انما ينعقد بالتعاطى فى الخسيس فقط واراد بالخسيس
الاشياء المحقرة كالبقل والرغيف والبيض والجوز استحسانا للعادة وجه الصحيح ان المعنى وهو الدال على التراضى
يشمل الكل فلا معنى للتفصيل ولو قال البايع خذه بكذا فقال المشترى اخذت او رضيت او نحوه صح البيع لانه
وان كان مستقبلا لكن خصوص مادته اعنى الامر بالاخذ يستدعى سابقة البيع فكان كالماضى الا ان استدعاء
الماضى سبق البيع بحسب الوضع والاستدعاء ههنا سبقه بطريق الاقتضاء واذا اوجب اى اوقع الايجاب احد
اعم من البايع والمشترى فللآخر منهما الخيار اما ان يقبل كل المبيع بكل الثمن فى المجلس او يترك لئلا يلزم حكم العقد جبرا
وهذا خيار القبول ويمتد الى آخر المجلس لحاجته الى التفكر وللموجب ايضا ان يرجع قبل قبول الآخر عن الايجاب
لانه لم يثبت له حق يبطله الآخر بلا معارض اقوى لان الثابت له بعد الايجاب حق التملك والموجب هو الذى اثبت
له ولاية التملك فله ان يدفعها كعزل الوكيل ولو سلم فلا يعارض حق التملك حقيقة الملك ولو لم يجز الرجوع لزم تعطيل
حق الملك بحق التملك ودلالة الاجماع تنفيه الا يرى ان للاب حق التملك لمال ولده عند الحاجة وقبل تملكه بالفعل كان

للولد

للولد ان يتصرف فيه كيف شاء لا ان يقبل بعضا من المبيع دون بعض لانه يلزم تفريق الصفقة الواحدة
وذا لا يجوز للتضرر اللازم للبايع او المشترى الا اذا بين البايع ثمن كل واحد منهما لانه صفقات معنى كذا فى
الهداية لكن ذكر فى الكافى هذا لا يتم الا ان يدرج تكرار لفظ العقد اذ به يتعدد الصفقة لا بمجرد بيان ثمن
كل واحد وقال الزيلعى وليس له ان يقبل بعض المبيع دون البعض وان فصل الثمن الا اذا كرر لفظ بعت مع
ذكر الثمن لكل واحد عند ابى حنيفة وعندهما اذا كان فصل الثمن بان قال بعتك هذين الثوبين كل واحد
بكذا او بعتك هذه العشرة كل واحد بكذا كذا فى الدرر والوجه الاكتفاء بمجرد تفريق الثمن لان الظاهر ان فائدته
ليس الا قصده بان يبيع منه ايهما شاء والا فلو كان غرضه ان لا يبيعهما منه الا جملة لم يكن فائدة لتعيين
ثمن كل منهما كذا فى فتح القدير وان رجع الموجب منهما بطل الايجاب وان لم يعلم به الآخر ذكره القهستانى نقلا
عن التتمة او قام احدهما عن المجلس قبل القبول عن محل لان الايجاب يبطل بمجرد القيام وان لم يذهب عن المحل لدلالته
على الاعراض كذا فى ايضاح ابن كمال ولو تبايعا وهما يمشيان او يسيران ان لم يفصلا بين كلاميهما بسكتة
انعقد البيع وان فصلا لم ينعقد وقال بعضهم ينعقد ما لم يتفرقا بالابدان والاول اصح كذا فى الاختيار وقبل
القبول بطل الايجاب فاذا لم يقبل فى المجلس حتى اختلف المجلس لا ينعقد واختلافه باعتراض ما يدل على الاعراض
من الاشتغال بعمل آخر ونحوه اما لو قام احدهما ولم يذهب فظاهر الكتاب وعليه مشى جمع انه لا يصح القبول بعد
ذلك واليه ذهب قاضيخان حيث قال فان قام احدهما بطل يعنى الايجاب لان القيام دليل الاعراض الا ان
للمجلس اثرا فى جمع المتفرقات وبالقيام لا يبقى المجلس وقال شيخ الاسلام فى شرح الجامع اذا قام البايع ولم يذهب
عن ذلك المكان ثم قبل المشترى صح واليه اشير فى جمع التفاريق وعلى اشتراط المجلس ما اذا تبايعا وهما يمشيان
او يسيران ولو كانا على دابة واحدة فاجاب الآخر لا يصح لاختلاف المجلس فى ظاهر الرواية واختاره غير واحد
كالطحاوى وغيره ان اجاب على فور كلامه متصلا جاز وفى الخلاصة عن النوازل اذا اجاب بعد ما مشى خطوة او
خطوتين جاز فلا شك انهما اذا كانا يمشيان مشيا متصلا لا يقع الايجاب الا فى مكان آخر بلا شبهة ولو
كان المخاطب فى صلوة فريضة ... فرغ منها واجاب صح وكذا اذا كان فى نافلة
فضم الى ركعة الايجاب اخرى ثم قبل بخلاف ما لو اكملها اربعا ولو كان فى يده كوز فشرب ثم اجاب جاز وكذا
لو اكل لقمة لا يتبدل المجلس الا اذا اشتغل بالاكل ولو قال بعتك بالف ثم قال الآخر بعتكه بالف فقبلا فهو للثانى
لا الاول والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة وصورة الكتاب
ان يكتب اما بعد فقد بعت عبدى منك بكذا فلما بلغه وفهم ما فيه قال قبلت فى المجلس انعقد والرسالة ان يقول
اذهب الى فلان وقل ان فلانا باع عبده فلانا منك بكذا فجاء فاخبره فاجاب فى مجلس ذلك بالقبول وكذا
اذا قال بعت عبدى فلانا من فلان بكذا فاذهب يا فلان فاخبره فقبل لان الرسول ناقل فلما قبل القبيل
لفظه بلفظ الموجب حكما فلو بلغه لغيره فقبل لم يجز لانه ليس رسولا بل فضوليا ولو قال بلغه يا فلان فبلغه
غيره فقبل جاز ويصح رجوع الكاتب والمرسل عن الايجاب الذى كتبه وارسله قبل بلوغ الآخر وقبوله سواء
علم الآخر او لم يعلم حتى لو قبل الآخر بعد ذلك لا يتم البيع بخلاف ما لو وكل بالبيع ثم عزل الوكيل قبل البيع فباع
الوكيل فانه ما لم يعلم الوكيل بالعزل قبل البيع فبيعه نافذ وعلى هذا الخطاب فى الاجارة والهبة والكتابة فاما
الخلع والعتق على مال فانه يتوقف شطر العقد فى حق المرأة والعبد بالاجماع اذا كانا غائبين على القبول

فی مجلس بلوغ الخبر بخلاف الخلع والعتق وهو ان تقول المرأة خالعت زوجی وهو غایب او یقول العبد قبلت عتق سیدی الغایب
علی الف فانه لا یتوقف بالاجماع کذا فی فتح القدیر واذا وجد الایجاب والقبول لزم البیع فلیس لواحد من العاقدین
خیار الرجوع من غیر رضی صاحبه الا من عیب او عدم رؤیة بلا خیار مجلس وقال الشافعی لهما خیار المجلس علی معنی
ان لکل واحد منهما بعد تمام العقد ان یرد العقد بدون رضی صاحبه ما لم یتفرقا بالابدان لقوله علیه السلام المتبایعان بالخیار
ما لم یتفرقا فان التفرق عرض فیقوم بالجوهر وهو الابدان ولنا السمع والقیاس اما السمع فقوله تعالی یا ایها الذین امنوا
لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تکون تجارة عن تراض منکم اباح الاکل بالتجارة عن تراض مطلقا عن قید التفرق
عن مکان العقد وعنده اذا فسخ احدهما العقد فی المجلس لا یباح الاکل فکان ظاهر النص حجة علیه واما الحدیث فان
ثبت مع کونه فی حد الآحاد مخالفا لظاهر الکتاب فالخیار المذکور فیه محمول علی خیار القبول والرجوع ما دام فی ید
البایع وهو ان البایع اذا قال لغیره بعت منک هذا بکذا فله ان یرجع ما لم یقل المشتری اشتریت وللمشتری
ان لا یقبل وهذا النوع من التأویل للخبر نقله محمد بن الحسن رحمه الله فی الموطا عن ابراهیم النخعی وانه موافق لروایة
ابی حنیفة رحمه الله البیعان بالخیار ما لم یتفرقا عن بیعهما حملناه علی هذا توفیقا بین الدلائل کذا فی البدایع وایضا قوله
تعالی یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود الآیة وهذا عقد قبل التخییر فقد اباح تعالی اکل المشتری قبل التخییر وقوله تعالی
واشهدوا اذا تبایعتم امر بالتوثق بالشهادة حتی لا یقع التجاحد للبیع والبیع یصدق قبل الخیار بعد الایجاب
والقبول فلو ثبت الخیار وعدم اللزوم قبله کان ابطالا لهذه النصوص واما القیاس فعلی النکاح والخلع والعتق
علی مال والکتابة کل منها عقد معاوضة یتم بلا خیار المجلس بمجرد اللفظ الدال علی الرضی فکذا البیع کذا فی فتح القدیر وحمله
علی التفرق بالابدان رد الی الجهالة اذ لیس له وقت معلوم ولا غایة مضروبة فیصیر من اشباه بیع المنابذة والملامسة
وهو مقطوع بفساده ثم نقول التفرق یطلق علی الاعیان والمعانی بالاشتراک ویترجح جهة التفرق بالاقوال
بما ذکرنا من اداء حمله علی التفرق بالابدان الی الجهالة کذا فی العنایة ویصح البیع فی العوض المشار الیه بلا معرفة قدره
بالفتح والسکون ای کمیته ووصفه ای حالته التی علیها الشیء من حلیته بان قال عشرة امنان من البر الجید مثلا
فیکتفی بالاشارة لانها موجبة للتعریف قاطعة للمنازعة وان کان غائبا فان کان مما یعرف بالانموذج کالکیلی والوزنی
والعددی المتقارب فرؤیة الانموذج کرؤیة الجمیع الا ان یختلف فیکون له خیار العیب وان کان مما لا یعرف بالانموذج
کالثیاب والحیوان فیذکر له جمیع الاوصاف قطعا للمنازعة ویکون له خیار الرؤیة کذا فی الاختیار اعلم ان الاعواض
المشار الیها سواء کانت مبیعا کالحبوب والثیاب او اثمانا کالدراهم والدنانیر لا تحتاج الی معرفة مقدارها فی جواز
البیع فاذا قال بعتک هذه الصبرة من الحنطة او هذه الکورجة من الارز والبشاشات وهی مجهولة العدد
بهذه الدراهم التی بین یدیک وهی مرئیة له فقبل جاز ولزم لان الباقی جهالة الوصف یعنی القدر وهو لا یضر اذ لا یمنع
من التسلیم والتسلم کتعجیل جهالة القیمة لا یمنع الصحة وفی الفتاوی قال لغیره لک فی یدی ارض خربة لا تصلح لشیء
فبعها منی بستة دراهم فباعها وهو لا یعلم وقیمتها اکثر جاز البیع بخلاف السلم لان للعوض فیه للاجل فلا یصح
المسلم فیه اتفاقا ولا فی رأس مال السلم اذا کان مکیلا او موزونا عند ابی حنیفة لما یجئ ثم المسئلة مقیدة بغیر الاموال
الربویة اذا قوبلت بجنسها اما الربویة اذا قوبلت بجنسها کالحنطة بالحنطة والذهب بالذهب فلا یصح مع الاشارة
الیها لاحتمال الربوا واحتمال الربوا کالحقیقة کذا فی فتح القدیر لا فی غیره فانه لا بد من معرفة مقدار الثمن وصفته فی غیر
المشار الیه قطعا للمنازعة الا اذا لم یکن فی البلد نقود لتعینه ویصح بثمن قال الکرخی المبیع ما یتعین فی العقد

والثمن

والثمن ما لم یتعین وهذا علی المذهب فان الدراهم تتعین عند الشافعی فی البیع وهو ثمن بالاتفاق وقال ابو
الفضل الکرمانی فی الایضاح الثمن ما کان فی الذمة نقله عن الفراء وهو منقوض بالمسلم فیه فانه یثبت فی الذمة ولیس
بثمن وقیل المبیع ما یحله العقد من الاعیان ابتداء احترازا عن المستأجر فانه انما یحله العقد باعتبار قیامه مقام المنفعة
علی احد طریقی اصحابنا فی الاجارة والثمن ما یقابل ما یحله العقد بان یذکر حین العقد فی مقابلته وینقسم کل منهما الی
محض ومتردد فالمبیع المحض هو الاعیان التی لیست من ذوات الامثال الا الثیاب الموصوفة التی وقعت فی
الذمة الی اجل بدلا عن عین فانها اثمان والثمن المحض ما خلق للثمنیة کالدراهم والدنانیر والمتردد بینهما کالمکیلات
والموزونات والعدیات المتقاربة هذا ملخص کلامهم فی هذا الموضع واقول الاعیان ثلاثة نقود اعنی الدراهم والدنانیر
وسلع کالثیاب والدور والعبید وغیر ذلک ومقدرات کالمکیلات والموزونات والعدیات المتقاربة وبیع غیر
النقدین یشتمل علی المبیع المحض والثمن المحض وما عدا ذلک فهو متردد بین کونه مبیعا وثمنا والتمییز فیها للفظ بدخول
الباء وعدمه کذا فی العنایة ولعل وجه العدول عما ذکروه استلزامه فقدان المبیع فی بیع النقدین بالنقدین
وفقدان الثمن فی المقایضة بخلاف ما اختاره کذا فی حاشیة سعدی حال او مؤجل لاطلاق قوله تعالی واحل الله
البیع وما ثبت من اجل بیع فی صحیح البخاری عن عائشة رضی الله عنها اشتری رسول الله علیه السلام طعاما من یهودی الی
اجل ورهنه درعا له من حدید باجل معلوم لان جهالته تفضی الی المنازعة فی التسلیم والتسلم فهذا یطالبه فی قریب
المدة وذلک یسلمه فی بعیدها ثم اذا علم الاجل ان مات البایع لا یبطل الاجل وان مات المشتری حل المال لان
فائدة التأجیل ان یتجر فیؤدی الثمن من نماء المال فاذا مات من له الاجل تعین المتروک لقضاء الدین فلا یفید التأجیل
ولو اشتری باجل سنة غیر معینة فمنع البایع المبیع حتی مضت السنة ثم سلم فله ای للمشتری اجل سنة
اخری بعد قبضه خلافا لهما فقالا لیس له ذلک لان الاجل من وقت العقد یتم ولا اجل له غیره فصار کما اذا قال
الی رمضان وله ان التأجیل لترفیه المشتری بتأخیر المطالبة عنه ولا مطالبة قبل قبض المبیع فیعتبر الاجل منه
بخلاف التأجیل الی رمضان لانه معین وقد جاء وان اطلق الثمن عن ذکر الصفة بعد ذکر العددیات کما
اذا قال بعتک هذا بعشرة دراهم مثلا فان استوت مالیة النقود ای قیمتها ورواجها صح البیع لانتفاء
الافضاء الی المنازعة وح لزم علی المشتری اداء ما قدر البایع وعینه فی العقد من ای نوع کان لانه لا فضل
لاحدهما فلو طلب البایع احد الانواع بعینه کان للمشتری ان یعطیه من النوع الآخر لان الامتناع عن قبض
ما اعطاه المشتری مع انه لا فضل للآخر علیه لیس فیه الا التعنت ولهذا قلنا الدراهم والدنانیر لا یتعینان
حتی لو اراه درهما اشتری به ثم حبسه واعطاه درهما آخر جاز اذا کانا متحدی المالیة وان اختلفت النقود
رواجا بعضها رایج وبعضها اروج فمن الاروج ای لزم علیه اداء ما قدر من اغلب النقد فی الرواج لانه هو
المتعارف فینصرف المطلق الیه وان استوی رواجا لا مالیة فسد البیع لعدم امکان الصرف الی احدهما
بعینه دون الآخر لما فیه من التحکم عند التساوی فی الرواج فلما تفاوتت المالیة جاءت الجهالة المفضیة الی النزاع
فیفسد البیع الا ان یرتفع الجهالة ببیان احدهما فی المجلس ویرضی الآخر والی هذا اشار بقوله ما لم یبین فحینئذ
ینقلب الی الجواز لارتفاع المفسد قبل تقرره فصار کما لو قال الدائن لمدیونه بعنی هذا الثوب ببعض العشرة
التی لی علیک وبعنی هذا الآخر بباقی العشرة فقال نعم کان صحیحا لعدم افضاء جهالة الثمن الاول الی المنازعة
بضم البیع الثانی الیه اذ به یصیر ثمنهما عشرة وهذا محمول علی قبول الدائن بعد قول المدیون نعم ونحوه لان البیع

لا ينعقد بمستقبل ويصح البيع في الطعام وهي الحنطة ودقيقها خاصة لان الطعام اذا ذكر مقرونا بالبيع والشراء
يقع في العرف على الحنطة ودقيقها ولذا عطف عليه قوله وكل مكيل وموزون عطف العام على الخاص تعميما لغير ما كيلا
ووزنا وكذا جزافا بغير جنسه يعني ان جواز البيع مجازفة مقيد بغير الاموال الربوية فان الربوية اذا بيعت بجنسها لا يجوز
مجازفة لاحتمال الربوا ومقيد ايضا بما يدخل تحت الكيل منها واما ما لا يدخل كحفنة وحفنتين فيجوز ومقيد ايضا بما
اذا باع غير الحبوب من الربويات بجنسها كفة بكفة فانه لا يخرج عن المجازفة بسبب الا يعرف قدره ومع ذلك
لو باع الفضة كفة ميزان بكفة ميزان جاز لان المانع انما هو احتمال الربوا وهو باحتمال التفاضل وهو منتف
فيما اذا وضع صبرة فضة في كفة ميزان ووضع في مقابلتها فضة حتى وزنتها فيجوز وصح البيع في المكيلات والموزونات
باناء معين ولا بد في الاناء ان يكون مما لا يحتمل الزيادة والنقصان كان يكون من خشب او حديد اما اذا كان
يحتمل كالزنبيل والجوالق فلا يجوز او حجر معين لا يدرى قدره لان الجهالة وان كانت ثابتة لكنها لا تفضي الى المنازعة
وهي المانعة وذلك لان البيع يتعجل فيندر هلاكه بخلاف السلم فانه لا يتعجل فقبله يهلك ذلك الكيل والحجر فيتعذر تسليم
المسلم فيه ولا يخفى ان هذا الوجه لا ينفي ثبوت الخيار واقرب الى ما نحن فيه قول ابي حنيفة في المسئلة التي تلي هذه
انه اذا كان في المجلس حتى عرف المقدار صح ويثبت الخيار للمشتري كما اذا رآه ولم يكن رآه مع ان الوضع نحو الى الصبرة
قبل الكيل ووقعت الاشارة اليها لكن هذه الرؤية تم وصار كما اذا رأى الدهن في قارورة زجاج فانه يثبت
الخيار بعد صبه ومن باع صبرة من طعام كل صاع مثلا بدرهم صح البيع عند ابي حنيفة رح في صاع واحد فقط
ويتوقف الباقي الى تسمية الكل في المجلس او كيله فيه فيثبت على وجه يكون الخيار للمشتري وهذا معنى قوله الا ان
يسمي جملتها وللمشتري الفسخ بالخيار واذا اجاز في صاع واحد فللمشتري فيه الخيار لتفرق الصفقة عليه دون البائع
لان التفريق جاء من قبله بسبب عدم تسمية جملة الصيعان لابي حنيفة انه تعذر صرف البيع الى الكل لجهالة المبيع
والثمن ولا جهالة في الصاع الواحد فلزم فيه واذا زالت بالتسمية او الكيل في المجلس يثبت الخيار كما اذا ارتفعت
بعد العقد بالرؤية او المؤثر في الاصل ارتفاع الجهالة بعد لفظ العقد وكونه بالرؤية ملغى بخلاف ما اذا علم ذلك بعد
المجلس لتقرر المفسد وقالا يجوز في الوجهين لان هذه جهالة بيدهما ازالتها بان يكيلا في المجلس ومثلها لا يفضي الى
المنازعة كبيع عبد من عبدين او ثلاثة على ان المشتري بالخيار ياخذ ايهما شاء ولا يخفى ان قياسهما على بيع عبد من
عبدين معدول عن القياس ولذا اتسع في اربعة اعبد ورجح قول ابي حنيفة رح لكن تأخير صاحب الهداية
دليلهما ظاهر في ترجيح قولهما الكل في فتح القدير ثم عند ابي حنيفة ان كانت التسمية بعد العقد حال قيام المشتري
يخير المشتري واما اذا كانت في العقد فيلزم البيع بلا خيار كذا في ايضاح ابن كمال فلما ذكر الصورة السابقة من
المثليات اراد ذكر نظيرها من القيميات فقال ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم لا يصح في شيء منها وكذا لو باع
ثوبا كل ذراع بدرهم وكذا كل معدود متفاوت كالعبيد والاواني فاذا اضاف البيع على الوجه المذكور في الحيوانات
بان قال بعتك هذا القطيع كل شاة بدرهم او هذا الثوب كل ذراع بدرهم وهؤلاء العبيد كل عبد بدرهم
ولم يبين عدد الغنم والذرعان والعبيد ولا جملة الثمن فسد في الكل عند ابي حنيفة رح اما اذا سمى احدهما فيصح
بالاتفاق للعلم بتمام الثمن اوالتزاما فيما اذا اقتصر على بيان عدد القطيع وعندهما يصح في الكل في جميع ذلك
لما عرفت ان الجهالة بيدهما ازالتها قال القهستاني واما عندهما فقد صح في الكل في الصورتين بلا خيار للمشتري
ان رآه وعليه الفتوى كما في المحيط وغيره انتهى وعنده ينصرف الى الواحد لما ان عنده من جهالة كل الثمن ثم الاحاد

ههنا

ههنا متفاوتة فلم ينقسم الثمن على الجملة بالاجزاء فتقع المنازعة في تعيين ذلك الواحد فيفسد في الكل ولهذا لو باع
شاة او عشرا من مائة شاة او بطيخة او عشرا من وقر بطيخ كان باطلا فاما الجواب فيما اذا عزلها وذهب والبائع
ساكت فبالتعاطي وفي الخلاصة اشترى العنب كل وقر بكذا او الوقر عندهم معروف ان كان العنب من جنس
واحد يجب ان يجوز في وقر واحد عند ابي حنيفة كما في بيع الصبرة كل قفيز بدرهم وان كان العنب اجناسا لا يجوز
البيع اصلا عنده كقطيع الغنم وعندهما يجوز اذا كان جنسا واحدا في كل العنب كل وقر بما قال ولذا اذا كان الجنس مختلفا
هكذا اورد الصدر الشهيد والفقيه ابو الليث جعل الجواب بالجواز فيما اذا كان العنب من جنس واحد متفقا عليه وان كان
من اجناس مختلفا فيه ثم قال الفقيه والفتوى على قولهما تيسيرا للامر على الناس انتهى وتوزيع الشهيد اوجه كذا في
فتح القدير ثم اشار الى ان البيع صحيح اتفاقا ببيان مجموع المبيع او الثمن بلا بيان كل فقال وان باع صبرة على انها
مائة قفيز بمائة درهم فوجدت اقل من المائة او اكثر اخذ المشتري الاقل بحصته اي نصيبه من الثمن واسقط ثمن ما عدم
لان الثمن ينقسم بالاجزاء على اجزاء المبيع المثلي مكيلا او موزونا او فسخ البيع لتفرق الصفقة الواحدة والزائد للبائع والمائة
للمشتري لان البيع وقع على مقدار معين وقد وجد فصح العقد والقدر ليس بوصف حتى يدخل في البيع كما في الثوب فيكون
للبائع ثم هذا مقيد بما اذا لم يختلف ظاهره وباطنه بالجودة والرداءة وفي بيع المذروع ياخذ الاقل بكل الثمن او يفسخ والزائد
له اي للمشتري بلا خيار للبائع واصل هذا ان الذرع في المذروعات وصف لانه عبارة عن طول فيه لكنه وصف
يستلزم زيادة اجزاء فان لم يفرد بثمن كان تابعا محضا فلا يقابل شيء من الثمن وذلك فيما اذا قال على انها مائة بمائة
ولم يزد على هذا واذا كان تابعا محضا في هذه الصورة والتوابع لا يقابلها شيء من الثمن كاطراف الحيوان حتى ان من
اشترى جارية فاعورت في يد البائع قبل التسليم لا ينقص شيء من الثمن او اعورت في يد المشتري جاز له ان يرابح على ثمنها
بلا بيان فعليه تمام الثمن في صورة النقص وانما تخير لفوات الوصف المرغوب المشروط فيه كما اذا اشتراه على انه كاتب فوجده
لا يحسن الكتابة وله الزائد في صورة الزيادة كما اذا باع على انه معيب فوجده سليما هذا اذا لم يفرد بالثمن فان افرد به وهو
اذا قال على انها مائة بمائة كل ذراع بدرهم صار اصلا وارتفع عن التبعية فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب والى هذا اشار
بقوله وان سمى لكل ذراع قسطا من الثمن اخذ الاقل بحصته لانه لو اخذه بكل الثمن لم يكن آخذا كل ذراع بدرهم وكذا الزائد
اذ لم تسلم له الزيادة لصيرورته اصلا كما لم يسلم له الثوب المفرد فيما اذا زاد عدد الثياب على المشروط وله اي للمشتري الخيار
بين اخذ الزائد بحصته وبين الفسخ في الوجهين اما في الاقل فلان المسمى تمام المائة وقد وجد ناقصا فلم يوجد رضاه به واما
في الزائد فانه وان صح له اخذ الزائد لكنه بضرر يلحقه وهو زيادة الثمن ولم يكن تلزم هذه الزيادة بعد البيع واعلم ان الفرق بين
القدر والوصف من مهمات المقام وما في الكلام الموجز فيه ان ما ينقص الباقي بفواته قدر وما لا ينقص به وصف فالذرع وصف
في الثوب اذ هو عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من الثمن والصاع في المكيل قدر لانه عبارة عن الكمية
المحضة وليس المراد من الوصف ههنا ما يوجب الحسن والقبح فيما قام به فيفصح عنه قولهم ان الوزن فيما يضره التبعيض وصف
وفيما لا يضره قدر ومع الاختلاف في ايجاب الحسن والقبح في المحل وصح بيع عشرة اسهم من مائة سهم من دار اتفاقا لا يصح
بيع عشرة اذرع من مائة ذراع منها اي من الدار عنده وعندهما يصح فيهما مبنى الخلاف على ان المؤدى في بيع عشرة اذرع
من مائة ذراع معين او شائع فعندهما شائع كانه باع عشر مائة وبيع الشائع جائز اتفاقا كما في بيع عشرة اسهم
من مائة سهم وعنده موء داه قدر معين والجوانب مختلفة الجودة فتقع المنازعة في تعيين مكان العشرة فيفسد
البيع فالشان في ترجيح المبنى فابو حنيفة رح يقول الذرع اسم لما يذرع به ومعلوم انه لم يرد بالمبيع عشر من الخشبات

التي يذرع بها فكان مستعارًا للحلها وما يحمل معين فكان المبيع معينًا مقدرًا بعشرة اذرع بخلاف عشرة اسهم لان السهم اسم للجزء الشائع فكان المبيع عشرة اجزاء شائعة من مائة سهم ولو باع عدلًا على انه عشرة اثواب فاذا هو اقل من العشرة او اكثر منها فسد البيع يعني لو قال بعتك ما في هذا العدل على انه عشرة اثواب بمائة درهم فسد لجهالة المبيع في صورة الزيادة والثمن في صورة النقصان لان الثمن لا ينقسم اجزاؤه على حسب اجزاء المبيع القيمي والثياب منه فلم يعلم للذاهب حصة من الثمن ولو فصل الثمن لكل ثوب بان قال كل ثوب بعشرة فكذا فسد في صورة الاكثر لجهالة العشرة المبيعة ويصح في الاقل بحصته لعدم الجهالة ولكن يخير المشتري لتفرق الصفقة عليه ولم يجز في الزيادة لان جهالة المبيع في فصل النقصان ايضا قال في الذخيرة واكثر مشايخنا على ان ما ذكر في الكتاب ان البيع جائز في الثياب الموجودة قولهما اما على قول ابي حنيفة رح فالعقد فاسد في الكل لانه فسد في البعض بفساد مقارن وهو العدم فالاصل عنده ان العقد متى فسد في البعض بفساد مقارن يفسد في الباقي وقد ذكر محمد مسألة في الجامع تدل على هذا وهي رجل اشترى ثوبين على انهما هرويان كل ثوب بعشرة فاذا احدهما مروي فسد البيع في الثوبين جميعا عند ابي حنيفة وعندهما يجوز في الهروي والفائت في مسألة الجامع الصفة لا اصل الثوب وقد فسد في الكل بفواته ففي فواته في الكل والفائت احدهما اولى واليه مال الحلواني وقال انه الصحيح عنده وكذا انسبه شمس الائمة السرخسي الى اكثر مشايخنا ثم قال والصحيح عندي ان عدم الفساد قولهم جميعا لان ابا حنيفة رح قال في نظائر هذه المسألة انما يفسد العقد في الكل لوجود العلة المفسدة وهي انه جعل قبول العقد فيما يفسد فيه شرطا في قبوله في الآخر وهنا لم يوجد هذا فانه ما شرط قبول العقد في المعدوم ولا قصد ايراد العقد على المعدوم بل على الموجود فقط فغلط في العدد بخلاف تلك المسألة فانه جعل قبول العقد في كل من الثوبين شرطا لقبوله في الآخر وهو شرط فاسد وان باع ثوبا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم اخذه المشتري بعشرة دراهم لو وجده عشرة ونصفا لان الذراع وصف واخذه حكم الاصل مقيد بكونه ذراعا فاذا لم يوجد لم يوجد ما اخذ حكم الاصل فبقي على الاصل من كونه وصفا لا يقابله شيء من الثمن فلا وجه لثبوت الخيار له في فصل الزيادة وكذا قال بلا خيار لانه لم يلحقه ضرر في مقابلة الزيادة بل نفع محض كما لو اشتراه معيبا فوجده سليما وقيل هذه الاقوال الثلاثة في الثوب الذي يتفاوت جوانبه كالقميص والسراويل والاقبية اما في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه فلا تسلم الزيادة له لانه وان اتصل بعضه ببعض فهو في معنى المكيل والموزون لعدم تضرره بالقطع وعلى هذا قال المشايخ اذا باع ذراعا منه ولم يعين موضعه جاز كما في الحنطة اذا باع قفيزا منها كذا في العناية واخذه بتسعة لو وجده بتسعة ونصف بالخيار لتفرق الصفقة وعند ابي يوسف يخير في اخذه باحد عشر في الاول اي في فصل الزيادة وبعشرة في الثاني اي في فصل النقصان لانه لما افرد كل ذراع بدرهم نزل كل ذراع منزلة ثوب مفرد بيع على انه ذراع لما عرف ان افراده الذراع بالثمن يخرجه عن الوصفية الى الاصلية وقد انتقص عن الذراع فلا ينتقص شيء من الثمن وانما خير لما ان في الزيادة نفعا يشوبه ضرر وفي النقصان فوات الوصف المرغوب فيه وعند محمد يخير في اخذه في الاول بعشرة ونصف وفي الثاني بتسعة ونصف لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدراهم مقابلة نصفه بنصفه ثم من الشارحين من اختار قول محمد وفي الذخيرة قول ابي حنيفة اصح كذا في فتح القدير

فصل لما ذكر ما ينعقد به البيع وما لا ينعقد ذكر ما يدخل في البيع مما لم يسم وما لم يدخل واستتبع ما يخرج بالاستثناء وغير ذلك يدخل البناء والمفاتيح في بيع الدار بلا ذكر لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف ولان البناء متصل بالارض اتصال قرار فيكون تبعا لها في المحيط الاصل ان كل ما كان في الدار من البناء او متصلا بالبناء تبع لها فيدخل في بيعها كالسلم المتصل والدرج المتصلة والحجر الاسفل

من الرحى

من الرحى ويدخل الحجر الاعلى عندنا استحسانا والمراد بحجر الرحى المبنية في الدار وهذا متعارف في ديارهم واما في ديار مصر لا تدخل الرحى لانها بحجر مما تنقل وتحول ولا تبنى كالباب الموضوع لا يدخلها بالاتفاق في بيع الدار وتدخل البئر الكائنة في الدار وان كان عليها بكرة تدخل ولا يدخل الدلو والحبل المعلقان عليها الا ان قال بمرافقها ويدخل البستان الذي في الدار وان كان خارجا لا وكذا يدخل الشجر في بيع الارض سواء كان الشجر صغيرا او كبيرا مثمرا او غير مثمر على الاصح ذكره في العناية لانه متصل بها اتصال قرار فاشبه البناء فروع في قاضي خان ولو باع ارضا وفيها اشجار صغار تحول في فصل الربيع وتباع ان كانت تقلع من اصلها تدخل في البيع وان كانت تقطع من وجه الارض فهي للبائع الا بشرط نعم الشجرة اليابسة لا تدخل لانها على شرف القلع فهي كحطب موضوع فيها ولا يدخل الشرب والطريق في بيع الارض والدار الا بذكر الحقوق وكذا في الاقرار والصلح والوصية وغيرها ويدخلان في الاجارة والرهن والوقف والقسمة تعقد للانتفاع ولا انتفاع بدونهما بخلاف البيع فانه يعقد بملك الرقبة فقد يراد به الانتفاع للتجارة فيها ولا يدخل الثمر الذي على رؤوس الاشجار الا بشرط وما كان من اوراق الفرصاد والتوت لانه بمنزلة الثمر ولو كان على الشجر ثمار فشرطه المشتري له فاكله البائع سقطت حصتها من الثمن ثم يثبت الخيار للمشتري في الصحيح لتفرق الصفقة عليه عند ابي حنيفة رح بخلاف ما لو اشترى شاة بعشرة فولدت ولدا ثم اكل البائع قال ابو حنيفة يلزمه الشاة بحصته ولا خيار له والفرق غير خاف وكما يدخل في البيع اشياء بلا تسمية وهو ما يدخل تبعا كذلك يخرج منه اشياء بلا تسمية كما اذا باع قرية يخرج منها الطريق والمسجد والفارقين من الواقعات وسط الصفقة نحوه اي سعة مقدار حوض وسور القرية لان السور يبقى على اصل الاباحة عند القسمة فلا يدخل في البيع ولو باع فرسا دخل العذار تحت البيع والزمام في بيع البعير ولم يذكر في الكتب ما اذا باع فرسا وعليه سرج قيل لا يدخل وقيل يدخل والمختار التفصيل ولو باع حمارا قال الامام محمد بن الفضل يدخل الاكاف بلا شرط ولا يستحق على البائع ولم يفصل بين ما اذا كان موكفا او غير موكف في فتاوى قاضي خان وهو الظاهر فالاكاف كالسرج في الفرس وقال غيره يدخل الاكاف والبرذعة تحت البيع وان كان غير موكف وقت البيع واذا دخل بلا ذكر كان الكلام فيه ما قلنا في ثوب العبد والجارية ولا يدخل المقود في بيع الحمار لانه ينقاد دونه بخلاف الفرس والبعير ثم لو باع عبدا او جارية كان على البائع من الكسوة قدر ما يواري عورته فان بيعت في ثياب مثلها دخلت في البيع وللبائع ان يمسك تلك الثياب ويدفع غيرها من ثياب مثلها مما يستحق ذلك على البائع ولا يكون للثياب قسط من الثمن حتى لو استحق الثوب او وجد بالثوب عيبا لا يرجع على البائع بشيء ولا يرد عليه الثوب ولو هلك الثياب عند المشتري او تعيبت ثم رد الجارية بعيب ردها بجميع الثمن لانه لم يملك الثوب بالبيع فلا يكون له قسط من الثمن وعلى هذا ما ذكر في الكافي من رجل له ارض وفيها نخل لغيره فباعها رب الارض باذن الآخر بالف وقيمة كل منهما خمسمائة والثمن بينهما نصفان لاستوائهما فيه فلو هلك النخل قبل القبض بآفة سماوية يتخير المشتري بين الترك والاخذ الارض بكل الثمن لان النخل دخل تبعا فلا يقابل بشيء من الثمن ثم الثمن كله لرب الارض لانتقاض في حق النخل والثمن كله بمقابلة الاصل وهو له دون التبع ولو باع عبدا له مال ان لم يذكر المال في البيع فماله للمولاه وكذا لو سمى المال وهو دين على الناس او بعضه فسد البيع وان كان عينا جاز ان لم يكن من الاثمان فان كان منها وكان الثمن من جنسه بان كان دراهم والثمن كذلك فان كان الثمن اكثر جاز وان كان مثله او اقل لا يجوز لانه ربا العبد بلا شيء وان كان ولم يكن من جنسه بان كان دراهم ومال العبد دنانير او بالعكس جاز اذا تقابضا في المجلس وكذا لو قبض مال العبد وقد رحصته فقط من الثمن وقد افترقا قبل القبض بطل العقد في مال العبد اشترى دارا فوجد في بعض جذوعها

[illegible]

حالاً ان قال البائع هو لي كان له فيرد عليه لانه وصل الى المشتري منه وان قال ليس لي كان كاللقطة الكل في فتح
القدير وان اطلق شراء شجرة بان لم يعين انه اشتراها للقطع او للقرار دخل في البيع مكانها بقدر غلظ ساق
الشجرة وقت البيع حتى لو ازداد فللصاحب الارض ان ينحت الشجرة ولا يدخل من الارض ما يتناهى اليه العروق والاغصان
ذكره في جامع الفتاوى عند محمد وقال في جمع النوازل والفتاوى الصغرى هو المختار لانه اشترى الشجر وهو اسم
للمستقر على الارض والا فهو جذع وحطب ولا قرار بدون الارض فتدخل فهو دخول بالضرورة فيتقدر بقدرها وقيل
بقدر ظلها عند الزوال وقيل بقدر عروقها العظام ولو شرط فعلى ما شرط وهذا كما لو اقر بالشجرة لفلان دخل ارضها
وكما لو اقتسما خلافا لابي يوسف فان عنده يملك المشتري عين الشجرة لا ارضها لان الارض اصل والشجر تبع
ولو دخلت في بيعه يلزم كون الاصل تبعا للفرع ولو اشتراها للقطع لا يدخل الارض اتفاقا وان اشتراها للقرار
دخلت ما تحت الشجر من الارض بقدر غلظها دون ما ينتهي اليه العروق اتفاقا كذا في شرح المجمع وفتح القدير فحاصل
المسئلة لا يخلو عن ثلاثة اوجه اما ان اشتراها بغير ارضها للقطع واما ان اشتراها بقرارها من الارض للترك لا
للقلع واما ان اشتراها ولم يذكر شيئا فان اشتراها بغير ارضها للقطع دخل فيه اصلها ويجبر المشتري على القلع
وله ان يقلعها باصلها لكن قلعا متعارفا وليس له ان يحفر الارض الى ما يتناهى اليه العروق لان المعروف بالعرف
كالمشروط بالشرط الا اذا شرط البائع القطع على وجه الارض فلا يدخل فيها اصلها او لم يشترط لكن في القطع من اصلها
ضرر بالبائع بان كانت تقرب حائطه او على حافة نهره فيخاف الخلل على الحائط والشق في النهر فقطعها على وجه الارض
دون اصلها لان الضرر لا يستحق بالعقد فان قلع او قطع ثم نبت من اصلها او عروقها شجرة اخرى فهي للبائع لا للمشتري
لانه رضي بان يكون المبيع القدر المقطوع فيكون الباقي للبائع الا اذا قطع من اعلى الشجر فالنابت يكون للمشتري لانه نماء ملكه
وان اشتراها بقرارها من الارض للترك لا للقلع دخل فيه ارضها ولا يجبر على القلع لانه ملك الشجرة مع موضعها فلم يكن ملك
البائع مشغولا به فلا يملك اجباره على القلع وله ان يغرس مكانها اخرى لانه يغرس في ملك نفسه واما اذا اشتراها من غير شرط
القلع ولا القطع لم يذكر في ظاهر الرواية وذكر في غير رواية الاصول اختلافا بين ابي يوسف ومحمد فقال على قول ابي يوسف رح
لا يدخل الارض في البيع وعلى قول محمد تدخل وجه قول محمد ان المسمى في البيع هو الشجرة وهو اسم للقائم على ارضها بعروقها
فاما بعد القلع فهو خشب لا شجر فلابد وان تدخل الارض فيه ولهذا دخلت في الاقرار بالاجماع بان اقر رجل في ارضه
بشجرة حتى كانت الشجرة مع ارضها للمقر له كذا هنا ولابي يوسف ان الارض اصل والشجرة تابعة لها الا ترى انها
تدخل في بيع الارض من غير شرط تبعا للارض فلو دخلت في بيع الشجر لاستتبع التبع الاصل وهذا قلب الحقيقة
وانما دخلت في الاقرار بالشجرة لان الاقرار اخبار عن كائن فلابد من كون سابق على الاقرار وهو قيامها في
الارض التي هي قرارها وذلك دليل كون الارض للمقر له بسبب سابق ومثل هذه الدلالة لم توجد في بيع الارض فلا
تدخل كذا في البدائع ولا يخفى ان ظاهره يدل على ترجيح قول ابي يوسف ولا يدخل الزرع والثمر في بيع الارض وان
للوصل ذكر الحقوق والمرافق لانهما ليسا من الحقوق والمرافق الا بالتسمية لان ذلك متصل به للفصل اي لفصل
الآدمي اياه لانتفاعه به فاشبه المتاع الذي في المبيع فان قيل ما اورد عليه من بيع الجارية الحامل ونحو البقرة الحامل
فانه يدخل حملها في البيع مع انه متصل به للفصل بان ذلك فصل الله تعالى فافترقا وفي شرح القدوري الزرع انما لا يدخل اذا لم
ينبت بعد او نبت وصار له قيمة اما اذا نبت ولم تصر له قيمة يدخل في الاصح كذا في شرح المجمع فاذا باع جارية حاملا
ولو من مولاها او بهيمة حاملا دخل الحمل في البيع تبعا للام كسائر اطرافها وان لم يسمه ولا اشار اليه بناء على ان

البيع

المبيع ان كان اصلا لابد من الاشارة اليه بطريق الاصالة ليصير معلوما وان كان تبعا يصير معلوما بالاشارة الى
الاصل لان التبع لا يفرد بعقد على حدة اذ لو افرد لانقلب اصلا وهذا قلب للحقيقة كذا في البدائع واذا لم يدخل الزرع
والثمرة في البيع يقال للبائع اقلعه اي الزرع واقطعها اي الثمرة وسلم المبيع لان ملك المشتري مشغول بملك البائع
فكان عليه تفريغه وتسليمه عملا بمقتضى البيع كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعي يترك حتى يظهر صلاح الثمرة
ويستحصد الزرع وهو قول مالك لان الواجب هو التسليم المعتاد ولذا لا يجب في الدار تسليمها في الحال اذا بيعت
ليلا او كان له فيها متاع بل ينتظر طلوع النهار وفي العادة لا يقطع الا بعد ما قلنا وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة
وفي الارض زرع فانه يترك حتى يستحصد رضي الموجر او لم يرض ولنا ان في الاجارة ايضا يجب التسليم ولذا يجب الاجرة
في البقية فان تسليم العوض كتسليم المعوض فيجب التسليم المعتاد في الكل ثم لا فرق بين ان يكون للثمر قيمة او لا في الصحيح
لان بيعه يصح في اصح الروايتين مع كونه للقرار وما يصح بيعه دليل للقرار لا يدخل في البيع تبعا لغيره ولا فرق ايضا
بين المؤبرة وغير المؤبرة في كونها للبائع الا بالشرط ويدخل في الثمرة الورد والياسمين والخلاف ونحوها من المشمومات
فالكل للبائع وعند الشافعي ومالك واحمد يشترط في ثمرة النخل التأبير فان لم تكن ابرت فهو للمشتري والتأبير
التلقيح وهو ان يشق عناقيد الكم ويذر فيها من طلع الفحل فانه يصلح ثماراتات النخل لما روى اصحاب الكتب الستة
عن سالم بن عبد الله عن ابيه عن النبي عم انه قال من باع عبدا وله مال فماله للبائع الا ان يشترط المبتاع وفي لفظ البخاري
من ابتاع نخلا بعد ان تؤبر فثمرتها للذي باعها الا ان يشترط المبتاع وحاصله الاستدلال بمفهوم الصفة فمن قال به
لزمه واهل المذهب ينفون حجيته ولذا لا يدخل حب بذر ولم ينبت بعد يعني اذا بيعت ارض وقد بذر فيها صاحبها
ولم ينبت لم يدخل لانه مودع فيها كالمتاع وان نبت ولم تصر له قيمة دخل وقيل لا يدخل وكان هذا بناء على الاختلاف في
جواز بيعه على رجاء تركه كما يجوز بيع الجحش كما ولد على رجاء حياته فينتفع به في ثاني الحال وقيده في الذخيرة بما اذا لم
يعفن اما اذا عفن فهو للمشتري لان العفن لا يجوز بيعه على الانفراد فصار كجزء من اجزاء الارض فيدخل في بيع
الارض واختار الفقيه ابو الليث انه لا يدخل بكل حال وفي فتاوى الفضلي كما في الذخيرة وصحح في التجنيس حيث قال
قال الفقيه لا يدخل والصواب انه يدخل نص عليه القدوري في شرحه وفي شرح الاسبيجابي انتهى وقول الفقيه ابي الليث
هو قول ابي القاسم وفي فتاوى قاضيخان قال محمد بن الفضل هذا اذا صار الزرع متقوما لا يدخل فان لم يكن متقوما
يدخل الزرع من غير ذكر قال وانما تعرف قيمته بان يقوم الارض مبذورة وغير مبذورة فان كانت قيمتها مبذورة اكثر
من قيمتها غير مبذورة علم انه صار متقوما انتهى والمناسب ان يقول تقوم الارض بلا ذلك الزرع وبه فان زاد
فالزائد قيمته واما تقويمها مبذورة وغير مبذورة فانما يناسب من يقول اذا عفن البذر يدخل ويكون للمشتري
ويعلله بانه لا يجوز بيعه وحده لانه ليس له قيمة ومن باع ثمرة بلا اصلاحها او لم يبد صح اعلم انه لا خلاف في عدم بيع
الثمار قبل ان تظهر ولا في عدم جوازه بعد الظهور قبل بدو الصلاح بشرط الترك ولا في جوازه قبل بدو الصلاح بشرط
القطع فيما ينتفع به ولا في الجواز بعد بدو الصلاح لكن بدو الصلاح عندنا ان يأمن من العاهة والفساد وعند
الشافعي هو ظهور النضج وبدو الحلاوة والخلاف انما هو في بيعها قبل بدو الصلاح على الخلاف في معناه لا بشرط
القطع فعند الشافعي ومالك واحمد لا يجوز وعندنا ان كان بحال لا ينتفع به في الاكل ولا في علف الدواب خلاف بين
المشائخ قيل لا يجوز ونسبه قاضيخان الى عامة مشائخنا والصحيح انه يجوز لانه مال منتفع به في ثاني الحال ان
لم يكن منتفعا به في الحال وقد اشار محمد في كتاب الزكوة الى جوازه فانه قال لو باع الثمار في اول ما تطلع وتركها باذن

البايع حتى ادرك فالعشر على المشترى ولو لم يكن جائزا لم يجب فيه العشر على المشترى وصحح البيع على هذا التقدير بناء على التعويل على اذن البائع والا فلا انتفاع به مطلقا فلا يجوز بيعه والحيلة فى جوازه باتفاق المشايخ ان يبيع الكمثرى اول ما يخرج مع اوراق الشجر فيجوز فيها تبعا للاوراق كانه ورق كله وان كان بحيث ينتفع به ولو علفا للدواب فالبيع جائز باتفاق اهل المذهب اذا باع بشرط القطع او مطلقا والمراد بالمطلق بقوله ويقطعها المشترى للحال تفريعا لملك البائع وان شرط تركها اى الثمرة على الشجر فان لم يكن تناهى عظمه فسد البيع عند الكل لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير او هو صفقة فى صفقة لانه ان شرط بلا اجرة فشرط اعارة فى البيع او باجرة فشرط اجارة فيه وان كان قد تناهى عظمه فهو فاسد عند ابى حنيفة وابى يوسف وهو القياس واليه اشار بقوله لو بعد تناهى عظمها خلافا لمحمد فان عنده يجوز استحسانا وهو قول الائمة الثلاثة واختاره الطحاوى لعموم البلوى وتعامل الناس فانهم تعارفوا التعامل كذلك فيما تناهى العظم فهو شرط يقتضيه العقد وهذا دعوى الشافعى فيما تناهى عظمه وما لا يتناهى انه يجوز لان العادة تركهما اياه اى الجذاذ ومحمد يقول بمنعه فيه لما فيه من اشتراط الجزء المعدوم وهو الاجزاء التى تزيد بمعنى من الارض والشجر الى ان يتناهى العظم كذا فى فتح القدير وذكر فى شروط الظهيرية شراء الزرع قبل الادراك يجوز ويؤمر بالقلع فان اراد الترك الى الادراك يستاجر الارض وفى الثمار يجوز الشراء ايضا قبل الادراك ولا يمكنه استيجار النخل على الترك لعدم العادة وان اراد ان يلزم الترك يكتب ان لهذا المشترى حق ترك الثمار على هذه الاشجار مدة كذا بامر لازم وحق واجب فانه يجوز ان يكون الاستيجار لاجل الثمار آخر ويكون له حق الترك على هذه الاشجار الى الادراك حقا لازما او يأذن البائع فى الترك عليها مدة كذا على انه كلما نهاه عنه فهو مأذون فيه اذنا مستانفا فلا يفيده النهى لانه كلما نهاه تجدد الاذن عند نهيه لان تعليق الاذن بالشرط جائز كالوكالة فيصح تعليقه بالنهى عنه كذا فى العمادية والبزازية وكذا شراء الزرع يعنى مثل شراء الثمرة شراء الزرع فى الحكم وان باع ما لم يتناه عظمه تركها اى ترك المشترى الثمر على الشجر باذن البائع بلا اشتراط الترك فى عقد البيع طاب له اى للمشترى الزيادة لانه حصل بطريق مباح للاذن وان تركها بغير اذنه تصدق بما زاد فى ذاتها اى ذات الثمرة لحصولها بطريق محظور وان بعد ما تناهت يعنى وان باع ما تناهى عظمه وتركه المشترى بغير اذن البائع فانه لا يتصدق بشئ لانه لم يزد فى ذاته شئ اذ غايته ما تحقق تغير وصف الى آخر بواسطة انضاج الشمس عليه نعم عليه اثم غصب المنفعة يتعلق به لا بالعين المبيعة باثبات خبث فيها قال جلال الدين الخبازى الشمس تنضجه بتقدير الله تعالى ويأخذ اللون من القمر بتقديره والطعم من الكواكب بتقديره فلم يبق الا عمل الشمس والقمر والكواكب بخلاف ما قبل التناهى لان فيه شرط الزيادة من ملك البائع ثم وان استاجر الشجر الى وقت الادراك يعنى لو باع ما لم يتناه عظمه مطلقا عن الشرط ثم تركه المشترى على الشجر الى وقت ادراك الثمر باذن البائع لكن فى ضمن الاجارة بطلت الاجارة لعدم التعارف فى اجارة الاشجار والحاجة فان الحاجة ليست بمتعينة فى ذلك وانما تتعين اذا لم يكن مخلص الا باستيجارها وهنا يمكن ان يشترى الثمار مع اصولها فيتركها عليها ولا يخفى ما فى هذا من العسر فانه يستدعى شراء ما لا حاجة له اليه وما لا يقدر على ثمنه وقد لا يوافقه البايع على بيع الاشجار فالاول اولى واصل الاجارة مقتضى القياس فيها البطلان لان الشرع اجازها للحاجة فيما فيه تعامل ولا تعامل فى اجارة الاشجار المجردة فلا تجوز ولذا لو استاجر انجانا ليجفف عليها ثيابه لا يجوز ذكره الكرخى واذا بطلت بقى الاذن معتبرا فتطيب وان استاجر الارض لترك الزرع

يعنى

وطابت الزيادة

يعنى اذا اشترى الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك فسدت الاجارة لجهالة الاجل فاورث خبثا ولهذا لا تطيب الزيادة والحاصل ان اجارة الارض فى الاصل جائزة لكن فسدت هاهنا لجهالة الاجل بخلاف المسئلة الاولى فان الاجارة هناك باطلة والباطل لا وجود له فلم يوجد الا الاذن فطابت اما الفاسد فله وجود فكان الاذن ثابتا فى ضمنه باعتباره فيفسخ وهنا صار الاذن مستقلا بنفسه وهذا بناء على عدم عذره بالجهل في دار الاسلام ان كان جاهلا ببطلان الاجارة ولو اثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع يعنى لو اشترى ثمرا مطلقا فاثمرت ثمرا آخر قبل قبض المشترى ولو اثمرت ثمرا آخر بعد القبض يشتركان فيه لاختلاطه والقول فى قدر الحادث للمشترى مع يمينه لانه فى يده وكذا فى بيع الباذنجان والبطيخ اذا حدث بعد القبض خروج بعضها اشتركا وكان الحلوانى يفتى بجوازه فى الكل وزعم انه مروى عن اصحابنا وكذا حكى عن الامام الفضلى وكان يقول الموجود وقت العقد اصل وما يحدث تبع نقله شمس الائمة عنه ولم يقيده عنه بكون الموجود وقت العقد الاكثر بل قال عنه اجعل الموجود اصلا فى العقد وما يحدث بعده تبعا وقال استحسن فيه لتعامل الناس فانهم تعاملوا بيع ثمار الكرم بهذه الصفة ولهم فى ذلك عادة ظاهرة وفى نزع الناس عن عادتهم حرج وقد رأيت رواية فى نحو هذا عن محمد رح وهو فى بيع الورد على الاشجار فان الورد متلاحق ثم جوز الكل بهذا الطريق وهو قول مالك والمخلص عن هذه اللوازم الصعبة ان يشترى اصول الباذنجان والبطيخ والرطبة ليكون ما يحدث على ملكه وفى الزرع والحشيش يشترى الموجود ببعض الثمن ويستاجر الارض مدة معلومة غاية الادراك وانقضاء الغرض فيها بباقى الثمن وفى ثمار الاشجار يشترى الموجود ويحل له البائع ما يوجد فان خاف ان يرجع يفعل كما قال الفقيه ابو الليث فى الاذن فى ترك الثمر على الشجر وهو ان يأذن المشترى على انه متى رجع عن الاذن كان مأذونا فى الترك باذن جديد فيحل له على مثل هذا الشرط ولو باع ثمرة واستثنى منها ارطالا معلومة صح فى ظاهر الرواية وقيل لا قالوا هذه رواية الحسن عن ابى حنيفة رح وهو قول الطحاوى والشافعى واحمد خلافا لمالك فانه اجازه قياسا على استثناء شجرة معينة قال الحسن هذا قياس مع الفارق لان الباقى بعد اخراج المستثنى غير مشار اليه ولا معلوم الكيل بالخصوص فكان مجهولا بخلاف الباقى بعد اخراج الشجرة فانه معلوم مفرز بالاشارة قال صاحب الهداية فاما على ظاهر الرواية ينبغى ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل للجارية الحامل او الشاة واطراف الحيوان لا يجوز كما اذا باع هذه الشاة الا اليتها او هذا العبد الا يده فيصير مشتركا متميزا بخلاف ما لو كان مشتركا على الشيوع فانه جائز وانما قال ينبغى لان جواب هذه المسئلة ليس مصرحا به فى ظاهر الرواية وهو ان كل ما جاز افراده بايراد العقد عليه جاز استثناؤه منه ويصير الباقى مبيعا الا ان عدم الجواز اقيس بمذهب ابى حنيفة فى مسئلة بيع صبرة طعام كل قفيز بدرهم فانه افسد البيع بجهالة قدر المبيع وقت العقد وهو لازم فى استثناء ارطال معلومة مما على الاشجار وان لم يفض الى المنازعة فالحاصل ان كل جهالة مفضية الى المنازعة مبطلة فليس يلزم انه اذا لم يفض اليها يصح معها بل لا بد مع عدم المفضية الى المنازعة فى الصحة من كون المبيع على حدود الشرع الا ترى ان المتبايعين قد يتراضيان على شرط لا يقتضيه العقد وعلى البيع باجل مجهول كقدوم الحاج ونحوه ولا يعتبر ذلك مصححا ويجوز بيع البر حال كونه فى سنبله لانه هو المقصود بالنسبة الى غلافه ان بيع بغير جنسه وكذا الباقلا بتشديد اللام وقصر الالف او بتخفيف اللام ومد الالف فى قشره بالكسر غطاء الشئ خلقة او عرضا والارز بفتح الهمزة

الصوم فتح القدير لابن الهمام

وضم الراء اخرها زاى معجمة حب معروف يقال له بالفارسية برنج والسمسم حب الحل وهو بفتح الحاء المهملة دهن يؤخذ
منه يقال له بالفارسية شيرغن وكذا اللوز والفستق والجوز فى قشره الاول وقال الشافعى لا يجوز بيع الباقلاء
الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق فى قشره الاول عنده وله فى بيع البر فى سنبله قولان واجاز بيع الشعير والذرة
فى سنبلها وعندنا يجوز ذلك كله له ان المقصود وهو المبيع مستور بما لا منفعة فيه فلا يجوز بيعه كتراب الصاغة اذا بيع
بجنسه بجامع استتاره بما لا منفعة فيه ولنا ما روى انه عم نهى عن بيع النخل حتى يزهو وعن بيع السنبل حتى يبيض
ولانه مال متقوم معلوم فيجوز بيعه كالشعير فى سنبله بخلاف بيعه بمثله من سنبل البر لاحتمال الربوا واجرة الكيل وعد
المبيع ووزنه وذرعه على البايع ان كان البيع بشرط الكيل او العد او الوزن او الذرع لان ايفاء المبيع وتسليمه على
البايع ولا يتحقق ذلك الا بكيله ونحوه واما اذا باع مجازفة فلا يحتاج الى ذلك واجرة نقد الثمن ووزنه على المشترى اجرة
وزان الثمن على المشترى باتفاق الائمة الاربعة لانه هو المحتاج الى تسليم الثمن وتمييزه واما اجرة ناقد الثمن فاختلف فيها
الرواية والمشايخ فروى رستم عن محمد انه على البايع وهو المذكور فى المختصر لان النقد يحتاج اليه بعد التسليم وح يكون
فى يد البايع وهو المحتاج اليه لاحتياجه الى تمييز حقه وهو الجياد عن غير حقه وروى ابن سماعة انه على المشترى وبه كان
يفتى الصدر الشهيد لانه يحتاج الى تسليم الجيد وتعرفه بالنقد كما يعرف المقدار بالوزن وعن محمد اجرة النقد على من عليه
الدين كما فى الثمن لانه على المشترى الا اذا قبض الدين ثم ادعى عدم النقد فالاجرة على رب الدين وفى الخلاصة الصحيح انه
على المشترى وكذا قال القدورى انه على المشترى الا اذا قبض البايع الثمن ثم جاء يرده بعيب او زيافة قال واختار فى
الواقعات انه على المشترى وفى باب العين لو اشترى حنطة مكايلة فالكيل على البايع وصبها فى وعاء المشترى على البايع
ايضا هو المختار وفى المنتقى اخراج الطعام من السفن على المشترى ولو اشترى حنطة فى سنبلها فعلى البايع تخليصها
بالدوس والتذرية ودفعها الى المشترى وهو المختار وقطع العنب المشترى جزافا على المشترى وكذا كل شئ باعه
جزافا كالثوم والبصل والجزر اذا خلى بينها وبين المشترى وكذا قلع الثمر يعنى اذا خلى البايع بينها وبين المشترى
الكل من الخلاصة وفى بيع سلعة بثمن سلم هو اى الثمن اولا لان حق المشترى تعين فى المبيع فيقدم دفع الثمن
ليتعين حق البايع بالقبض لانه قبل القبض لم يتعين ولو عين دراهم اشترى بها لما عرف انها لا تتعين بالتعيين
فى البيع فلا بد من تقدم قبضها ليتساويا ولو كان المبيع غايبا لا يلزم المشترى حتى يحضر البايع المبيع ولو اخذ
بالثمن كفيلا او رهن المشترى به رهنا اما لو احال البايع به عليه وقبل سقط حق الحبس وكذا اذا احال المشترى البايع
به عند ابى يوسف وعن محمد فيه روايتان فى رواية كقول ابى يوسف وفى رواية اذا احال البايع رجلا به سقط
وان احال المشترى البايع به لا يسقط وما لم يسلم المبيع هو فى ضمان البايع فى جميع زمان حبسه فلو هلك فى يد
البايع بفعله او بفعل المبيع بنفسه بان كان حيوانا فقتل نفسه او بامر سماوى بطل البيع فان كان قبض الثمن اعاده
الى المشترى وان كان بفعل المشترى فعليه ثمنه ان كان البيع مطلقا او بشرط الخيار للمشترى وان كان الخيار
للبايع او كان البيع فاسدا لزمه ضمان مثله ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا وان هلك بفعل اجنبى فالمشترى
بالخيار ان شاء فسخ البيع وعاد المبيع الى ملك البايع ويضمن له الجانى فى المثلى المثل والا فالقيمة وان كان الضمان
من جنس الثمن وفيه فضل لا يطيب له وان كان من خلافه طاب وان شاء اختار البيع واتبع الجانى بالضمان
فان له ذلك وعليه الثمن للبايع فان كان فى الضمان فضل فعلى ذلك التفصيل الكل من فتح القدير وهذا ان لم يكن
الثمن مؤجلا وان كان مؤجلا لا محذور فى التاخير لاسقاط البايع حقه باختيار التاجيل بخلاف الثمن الحال فان

فى تاخير

فى تاخير تفويت حق البايع الثابت بمقتضى البيع فيلزم الربوا بالتاخير لان النقد خير من النسيئة وفى بيع سلعة
بسلعة كما فى المقايضة او بيع ثمن بثمن كما فى الصرف سلما اى السلعتان او الثمنان معا لاستوائهما فى
تعين حق كل منهما قبل التسليم فايجاب تقديم دفع احدهما بعينه على الآخر تحكم فيدفعان معا ثم لا بد من معرفة
التسليم والتسلم الموجب للبراءة فى التجريد تسليم المبيع ان يخلى بين المشترى وبين المبيع على وجه يتمكن من قبضه
من غير حائل وكذا تسليم الثمن وفى الاجناس يعتبر فى صحة التسليم ثلاثة معان ان يقول خليت بينك وبين المبيع
وان يكون المبيع بحضرة المشترى على صفة يتأتى فيه الفعل من غير مانع وان يكون مفرزا غير مشغول بحق غيره وعن
الوبرى المتاع لغير البايع لا يمنع فلو اذن له بقبض المتاع والبيت صح وصار المتاع وديعة عنده وكان ابو حنيفة
يقول القبض ان يقول خليت بينك وبين المبيع فاقبضه ويقول المشترى وهو عند البايع قبضته فان اخذه
برأسه وصاحبه عنده وقاده فهو قبض دابة كان او بعيرا وان كان غلاما او جارية فقال له المشترى تعال معى او اكل
تخطى معه فهو قبض وكذا لو ارسل فى حاجته وفى الثوب ان اخذه بيده او خلى بينه وبينه وهو موضوع على الارض
فقال خليت بينك وبينه فاقبضه فهو قبض وكذا القبض فى البيع الفاسد بالتخلية ولو اشترى حنطة فى بيت ودفع
البايع المفتاح اليه وقال خليت بينك وبينها فهو قبض وان دفعه ولم يقل شيئا لا يكون قبضا ولو باع دارا غائبة فقال
سلمتها اليك فقال قبضتها لم يكن قبضا وان كانت قريبة كان قبضا وهى ان تكون بحال يقدر على اغلاقها وما لا يقدر
على اغلاقها فهى بعيدة واطلق فى المحيط ان بالتخلية يقع القبض وان كان المبيع بعد غيبها وقال الحلوانى ذكر فى النوادر اذا
باع ضيعة وخلى بينها وبين المشترى ان كان بقرب منها يصير قابضا او بعيدا لا يصير قابضا قال والناس عنها غافلون
فانهم يشترون الضيعة بالسواد ولا يقرون بالتسليم والقبض وهو لا يصح به القبض وفى جامع شمس الائمة يصح القبض
وان كان العقار غايبا عنهما عند ابى حنيفة رح خلافا لهما وفى جمع النوازل رفع المفتاح فى بيع الدار تسليم اذا تهيأ
له فتحه من غير تكلف وكذا لو اشترى بقرا فى السرح فقال البايع اذهب واقبض ان كان يرى بحيث يمكنه الاشارة
اليه يكون قبضا ولو باع خلا ونحوه فى دن وخلى بينه وبين المشترى فى دار نفسه وختم المشترى على الدن فهو قبض
ولو اشترى ثوبا فامره البايع بقبضه فلم يقبضه حتى اخذه انسان ان كان حين امره بقبضه امكنه من غير قيام صح التسليم
وان كان لا يمكنه الا بقيام لا يصح ولو اشترى طيرا فى بيت والباب مغلق فامره البايع بالقبض فلم يقبض حتى هبت
ريح ففتحت الباب فطار لا يصح التسليم وان فتحه المشترى فطار صح التسليم لانه يمكنه التسليم بان يحتاط فى
الفتح ولو اشترى فرسا فى حظيرة فقال البايع سلمتها اليك ففتح المشترى الباب فذهب الفرس ان امكنه
اخذه من غير عون كان قبضا وهو تاويل مسئلة الطير وفى مكان آخر من غير عون ولا حبل ولو اشترى دابة والبايع
راكبها فقال المشترى احملنى معك فحمله فعطبت هلكت على المشترى قال القاضى الامام هذا اذا لم يكن على الدابة سرج
فان كان عليها سرج وركب المشترى فى السرج يكون قابضا والا فلا ولو كانا راكبين فباع المالك منهما الآخر
لا يصير قابضا كما اذا باع الدار والبايع والمشترى فيها كذا فى فتح القدير

باب الخيارات

قد عرف ان البيع
علة لحكمه من لزوم تعاكس الملكين فى البدلين والاصل ان لا يتخلف حكم العلة عنها فقدم ما هو الاصل ثم شرع بذكر
ما يتعلق بالعلة التى يتخلف عنها مقتضاها وهو البيع بشرط الخيار وظهر ان شرط الخيار مانع ثابت على خلاف القياس
لنهيه عم عن بيع وشرط وتقابل المبيع المشروط فيه الخيار علة اسما ومعنى لا حكما والمستلزم علة اسما ومعنى
وحكما على ما عرف فى الاصول ثم الموانع خمسة اقسام مانع يمنع انعقاد العلة وهو حرية المبيع فلا ينعقد البيع فى الحر

لانها لا تنعقد الا في محلها ومحل البيع المال والحر ليس بمال فلا وجود للبيع اصلا كانقطاع الوتر يمنع اصل الرمي بعد القصد اليه ومانع يمنع تمام العلة وهو البيع المضاف الى مال الغير كاصابة السهم بعد الرمي حايطا فرده عن سننه ومانع يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة وهو خيار الشرط يمنع ثبوت حكمه وهو خروج المبيع عن ملكه على مثال استتار المرمى اليه بترس يمنع من اصابته الغرض منه ومانع يمنع تمام الحكم بعد ثبوته كخيار الرؤية للمشتري ومانع يمنع لزومه كخيار العيب صح خيار الشرط ويثبت الخيار في البيع الفاسد كالصحيح وكالجرى في الصرف والسلم حتى لو شرط بطل لكل واحد منهما العاقدين فلا يثبت الحكم ما لم يرض ذلك الواحد ولهما معا فلا يلزم ثبوته ما لم يرضيا معا وكذلك خيار الشرط للاجنبي جائز عندنا كذا في فاضيخان ولو شرط الخيار ايام جاز البيع واعلم انه يجوز الحاق خيار الشرط لو قال احدهما بعد البيع ولو بايام جعلتك بالخيار ثلاثة ايام صح بالاجماع حتى لو شرط الخيار بعد البيع الى ما شهرا او رضيا به فسد العقد عند ابي حنيفة خلافا لهما ولو الحقا به شرطا فاسدا ابطل الشرط ولا يفسد العقد في قولهما ويفسد في قول ابي حنيفة ولو باع على انه بالخيار على ان يستعمله ويستخدمه جاز وهو على خياره ولو قال في بيع بستان على انه بالخيار على ان له ان ياكل من ثمرته لا يجوز لان الثمر له حصة من الثمن وليس للبايع ان يطالب بالثمن قبل ان يسقط المشتري خياره ولو قال له انت بالخيار كان له خيار ذلك المجلس فقط ولو قال الى الظهر فعند ابي حنيفة يستمر الى ان يخرج وقت الظهر وعندهما لا تدخل الغاية ثلاثة ايام او اقل لا اكثر من ثلاثة ايام عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر والشافعي وكما لا يجوز عند ابي حنيفة اذا زاد على الثلاثة ايام كذلك لا يجوز اذا اطلق الا ان اجاز في الثلاثة وعندهما يجوز خيار الشرط ان بين مدة معلومة اي مدة كانت لحديث ابن عمر انه اجاز البيع الى شهرين ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتاجيل في الثمن وبقولهما قال احمد لقوله عم المسلمون عند شروطهم وقال مالك ان كان المبيع مما لا يبقى اكثر من يوم كالفاكهة لا يجوز ان يشترط الخيار فيه اكثر من يوم وان كان ضيعة لا يمكن الوقوف عليها في ثلاثة ايام يجوز ان يشترط اكثر من الثلاثة لانه شرع للحاجة ويمكن ان يقال لم يتعين اشتراط الاكثر طريقا لانه كان بالامكان ان يذهب فيراها قبل الشراء ثم يشتري لا حاجة الى شرط الخيار اصلا لان خيار الرؤية ثابت له ولو تاخرت رؤيته سنة وان كان المتردد في امرها هل يساوي الثمن المذكور اولا او هو منتفع بها على الكمال اولا وان لم يرها فهذا لا يتوقف على اكثر من الثلاثة لانه يعرف بالسؤال والمراجعة للناس العارفين وذلك يحصل في مدة الثلاث واما ما يتسارع اليه الفساد فحكمه مسطور في فتاوى القاضي اشترى شيئا يتسارع اليه الفساد على انه بالخيار ثلاثة ايام في القياس لا يجبر المشتري على شيء وفي الاستحسان يقال للمشتري اما ان تفسخ البيع واما ان تاخذ المبيع ولا شيء عليك من الثمن حتى تجيز البيع او يفسد المبيع عندك دفعا للضرر من الجانبين وهو نظير ما لو ادعى في يد رجل شراء شيء يتسارع اليه الفساد كالسمكة الطرية وجحد المدعى عليه واقام المدعي البينة ويخاف فسادها في مدة التزكية فان القاضي يامر مدعي الشراء ان ينقد الثمن ويأخذ السمكة ثم القاضي يبيعها من آخر ويأخذ ثمنها ويضع الثمن الاول والثاني على يد عدل فان عدلت يقضي لمدعي الشراء بالثمن الثاني ويدفع الثمن الاول للبايع ولو ضاع الثمنان عند العدل يضيع الثمن الثاني من مال مدعي الشراء لان بيع القاضي كبيعه ولو لم يعدل البينة فانه يضمن قيمة السمكة للمدعى عليه لان البيع لم يثبت وبقي آخذا لمال الغير بجهة البيع فيكون مضمونا عليه بالقيمة والوجه يقتضي ان هذا فيما اذا كان المبيع في يد البايع واما اذا كان في يد المشتري فلا يلزم شيء لانه اذا فسد لزمه الثمن ان كان الخيار له والقيمة ان كان الخيار للبايع وجه قول ابي حنيفة ان شرط الخيار يخالف مقتضى

العقد

العقد وهو اللزوم ثبت نصا على خلاف القياس وما استدلوا من حديث ابن عمر فلا يعرف في شيء من كتب الحديث والآثار واما القياس على الاجل فنقول بموجبه ولا يضرنا فان الشارع لما شرع الاجل على خلاف القياس شرعه مطلقا فعملنا باطلاقه وههنا لما شرع الخيار شرعه مقيدا بثلاثة ايام فعملنا بتقييده فلا يجوز الاكثر من الثلاثة الا اذا اجاز من له الخيار في اثناء الايام الثلاثة عند ابي حنيفة خلافا لزفر فانه قال الشافعي رح وزفر ان العقد انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا باع الدرهم بدرهمين ثم اسقط الدرهم الزائد لا يقع صحيحا او باع عبدا بالف ورطل خمر ثم اسقط الخمر لان البقاء على حسب الثبوت ولابي حنيفة ان من له الخيار اذا اسقط المفسد وهو اشتراط اليوم الرابع قبل تحققه عاد جائزا كما اذا باع بالرقم وعلم في المجلس ورضي به وكما ينقلب العقد جائزا اذا اسقط الخيار قبل مضي ثلاثة ايام كذلك لو اعتق العبد او مات العبد او المشتري او حدث به ما يوجب لزوم البيع ينقلب جائزا في قول ابي حنيفة ويلزمه الثمن ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع بيننا صح بهذا الشرط ويسمى خيار النقد وهذا البيع بهذا الشرط يصير كخيار الشرط حتى اذا قبض المشتري المبيع يكون مضمونا عليه بالقيمة ولو اعتقه المشتري لا ينفذ عتقه ولو اعتقه البايع نفذ والى اربعة ايام لا يصح عند ابي حنيفة وابي يوسف الا ان ينقده في الثلاثة فان نقد الثمن قبل مضي الثلاثة تم البيع فان لم ينقد فيها فسد البيع ولا ينفسخ نص عليه ظهير الدين وقال لا بد من حفظ هذه المسئلة حتى لو اعتقه المشتري وهو في يده عتق الا ان كان في يد البايع وعند محمد يجوز الى اربعة ايام او اكثر على قياس قوله في شرط الخيار فان دفع الثمن في الثلاثة جاز في قولهم جميعا والاصل فيه ان هذا في معنى اشتراط الخيار فيلحق به دلالة لا قياسا ومر ابو حنيفة على اصله في الملحق به وهو انه لا يزاد على الثلاثة فكذا في الملحق وكذا محمد حيث جعله جائزا بلا تقييد بمدة وابو يوسف فرق فاخذ في الاصل باثر ابن عمر في جواز شرط الخيار اكثر من ثلاثة ايام واخذ في هذه المسئلة بالقياس اي في نفي الزائد على الثلاثة واما في الثلاثة فبحديث ابن البرصاء وروي عنه انه رجع الى قول محمد رواه الحسن عن ابي مالك عنه وفي شرح المجمع الاصح انه مع ابي حنيفة وكثير من المشايخ لم يرجحوا عنه شيئا وحكموا على قوله بالاضطراب وخيار البايع يمنع خروج المبيع من ملكه لان تمام هذا السبب الذي هو البيع بالمراضاة لقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم ولا يتم الرضا مع الخيار لانه يفيد عدم الرضا بزوال ملكه فلم يتم السبب في حق البايع فلا يخرج عن ملكه ولهذا اجاز تصرفه فيه فينفذ عتقه فيه ولو كان في يد المشتري ولا يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البايع لبقاء اذن البايع فيه بلا اختلاف واذا كان الخيار لهما لا يخرج المبيع عن ملك البايع ولا الثمن من ملك المشتري فان قبضه اي المبيع بخيار البايع المشتري فهلك في يد المشتري لزمه اي المشتري قيمته لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا في حق المبيع ولا يمكن نفاذه بالهلاك لانه لا نفاذ بلا محل فبقي في يد المشتري مقبوضا لا على وجه الامانة المحضة كالوديعة والاعارة كما نقل عن ابن ابي ليلى انه يضمنه لانه ما رضي البايع بقبضه الا على جهة العقد فاقل ما فيه ان يكون كالمقبوض على سوم الشراء وفي المقبوض على سوم الشراء القيمة اذا هلك وهو قيمي والمثل في المثلي اذا كان القبض بعد تسمية الثمن اما اذا لم يسم ثمن فلا ضمان في الصحيح وعليه فرع ما ذكره الفقيه ابو الليث في العيون في رجل اخذ ثوبا فقال اذهب به فان رضيته اشتريته فضاع في يده لم يلزمه شيء وان قال ان رضيته اشتريته بعشرة كان ضامنا للقيمة وقيد صاحب الهداية الهلاك بكونه في مدة الخيار ليخرج ما اذا هلك بعدها وانه يضمن بالثمن ولو هلك المبيع في يد البايع والحال ان الخيار له لا اشكال في انه ينفسخ ولا شيء على المشتري

اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق عن شرط الخيار فان فيما اذا هلك المبيع فى يد البايع قبل التسليم ينفسخ البيع
والتقييد بالصحيح ليس لاخراج الفاسد لان الحال فى البيع الفاسد كذلك اعنى الانفساخ بهلاك المبيع فى
يد البايع بل لان الاعتبار بالاصالة والفاسد يأخذ حكمه منه وخيار المشترى لا يمنع خروج المبيع عن ملك البايع
لان البيع فى جانبه لازم بات فتقدم السبب فى حقه اذ كان خيار المشترى لا يمنعه فيخرج عن ملك البايع فان هلك
فى يده اى المشترى لزمه الثمن وكذا لزم الثمن لو تعيب المبيع الا انه اى المبيع لا يدخل فى ملك المشترى عنده خلافا
لهما وبه قال مالك واحمد والشافعى فى قول لانه لما خرج عن ملك البايع لو لم يدخل فى ملك المشترى يكون زائلا لا الى
ملك مالك ولا عهد لنا به فى الشرع فى باب التجارة والمعاوضة فيكون كالسائبة فلا يرد شراء متولى امر الكعبة
اذا اشترى عبدا لسدانة الكعبة والضيعة الموقوفة بعبيدها اذا ضعف احدهم فاشترى ببدله آخر فانه
لا يدخل فى ملك المشترى لان ذلك ليس من هذا الباب بل من باب الاوقاف وحكم الاوقاف ذلك وكذا لا يرد
التركة المستغرقة بالدين فانها تخرج من ملك الميت ولا تدخل فى ملك الورثة ولا الغرماء للقيد المذكور وله انه لما لم يخرج الثمن
من ملكه فلو قلنا انه يدخل المبيع فى ملكه اجتمع البدلان الثمن والمبيع فى ملك احد المتعاوضين حكما للمعاوضة ولا اصل
له فى الشرع والى ان يكون والمعاوضة تقتضى المساواة فى تبادل ملكيهما بخلاف ضمان غاصب المدبر اذا ابق من
عنده سواء ابدل اليد او الملك حيث لا يخرج المدبر به من ملك مالكه فيجتمع العوضان فى ملك واحد فانه ضمان جناية
لا ضمان معاوضة شرعية فلو اشترى زوجته على انه بالخيار ثلاثة ايام لا يفسد النكاح عند ابى حنيفة لانه لم يملكها
لما له من الخيار وان المبيع لا يدخل فى ملك المشترى بالخيار فلو رد المبيع استمرت زوجته وعندهما اذا فسخه رجعت الى
مولاها بلا نكاح عليها وان وطئها فله ردها بالخيار لانه اى الوطء بالنكاح لا بملك اليمين حتى يمتنع الرد لحاصل ان الوطء
لا يلزم منها ان يكون اجازة لان له فى النكاح ملكا يحل له الوطء فلا يلزم كون وطئه اجازة الا فى البكر لان الوطء
ينقص البكر فيمتنع الرد للعيب الذى حدث عنده ومن يعرف انه لو نقصها الوطء وهى ثيب يمتنع الرد عنده
ايضا للنقص الذى دخلها لا لذات الوطء ولو ولدت زوجته المشتراة بالخيار فى مدته لا تصير ام ولد له وقيد المسئلة
شراح الهداية بكون الولادة قبل القبض ولا بد منه لما ذكر فى المبسوط لو ولدت عند المشترى يبطل خياره لانها
تعيبت بالولادة وتصير ام ولد له بالاجماع ولو اشترى قريبه قرابة محرمية بالخيار او اشترى به عبدا بعد قوله
ان ملكت عبدا فهو حر لا يعتقان فى مدته اى الخيار لعدم الملك عنده خلافا لهما واما لو قال ان اشتريت عبدا
فهو حر فاشترى عبدا بالخيار فانه يعتق بالاتفاق لوجود الشرط وهو الشراء وكذا لا يعتق عن الكفارة اذا نوى الحالف
بشراه انه يعتق عن كفارته ولا يعد حيض المشتراة به اى بالخيار فى مدته من الاستبراء يعنى لو اشترى
جارية بالخيار فحاضت فى مدتها او وجد بعض الحيضة فيها ثم اختار البيع فعنده لا تعتبر تلك الحيضة لانها قبل
الملك وعندهما تعتبر بها لوجودها بعد الملك وينبغى ان يعتبر بكون ذلك بعد القبض لان السبب لوجوب
الاستبراء الملك والملك المؤكد يكون بالقبض ولو اختار الفسخ فردها الى البايع لا يحتاج الى استبرائها عنده
سواء كان الفسخ قبل القبض او بعده وعندهما ان كان قبل القبض لا استبراء عليه استحسانا وان كان
فى القياس يجب وان كان الفسخ بعد القبض فالاستبراء واجب قياسا واستحسانا لاستحداث الملك
بعد ملك المشترى الملك المؤكد بالقبض فيثبت توهم شغل الماء لاجمعوا ان العقد لو كان باتا ثم فسخ باقالة
او غيرها ان كان قبل القبض فالقياس ان يجب على البايع الاستبراء وفى الاستحسان غير واجب وان كان بعد

القبض

القبض فالاستبراء واجب قياسا واستحسانا ولو كان الخيار للبايع فيفسخ فى المدة فظاهر الرواية انه لا يجب
عليه الاستبراء لانها لم تخرج عن ملكه وان اجازه فعلى المشترى استبراؤها بحيضة بعد الاجازة بالاجماع ولو قبض
المشترى بها اى بالخيار المبيع باذن البايع ثم اودعه المشترى عنده اى البايع فهلك المبيع فى يده فى المدة
فهو اى الهلاك على البايع عنده لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك لانه لما لم يملكه ارتفع بالايداع لان البايع لا يصلح
ان يكون مودعا فلا يكون الايداع صحيحا وهلاك المبيع قبل القبض يبطل البيع وعندهما يهلك من مال المشترى لصحة
الايداع باعتبار قيام ملكه واما اذا كان الخيار للبايع فسلمه الى المشترى ثم اودعه عند البايع فهلك فى يده قبل نفاذ
البيع او بعده يبطل البيع فى قولهم جميعا ولو كان البيع باتا فقبضه المشترى باذن البايع او بغير اذنه وله فيه
خيار رؤية او عيب فاودعه البايع فهلك فى يده هلك على المشترى ولزمه الثمن اتفاقا لان هذين الخيارين لا
يمنعان ثبوت الملك فصح الايداع منه ولو اشترى المأذون شيئا به اى بالخيار فابرأه بايعه عن ثمنه يصح
ابراؤه استحسانا لا قياسا لان البايع لم يملك الثمن على المشترى بالخيار فلا يصح ابراؤه عما لا يملكه وفى الاستحسان
يصح لوجود سبب ملك الثمن وهو البيع واذا صح ابراؤه بقى خياره فى السلعة فللمشترى اجازة البيع فيأخذها
بلا ثمن وله اى للمأذون الرد للبايع عنده لانه يلى من الولاية عدم التملك وذلك لانه لم يملك المبيع فكان رده
امتناعا من تملك شىء بلا عوض والمأذون يلى ذلك كما له ان يمتنع عن قبول الهبة وعندهما لما برئ من الثمن
ودخل المبيع فى ملك المشترى كان رده تبرعا والعبد المأذون ليس من اهل التبرع فاذا امتنع الرد لزم البيع
بلا شىء ولو اشترى ذمى من ذمى خمرا به اى بالخيار فاسلم المشترى فى مدته بطل شراؤه عنده لئلا يتملكها مسلما
بالاجازة حاصلا انه لم يملكها ولا يمكنه تملكها باسقاط الخيار بعد الاسلام فتعين بطلان البيع وعندهما بطل
خياره لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم واما لو كان الخيار للبايع واسلم فبطلان البيع بالاجماع خلافا لهما فى
الجميع وقد بينا وجههما ومن الفروع ايضا على الخلاف فى دخول المبيع فى ملك المشترى بالخيار ما لو اشترى مسلم
من مسلم عصيرا بالخيار فتخمر فى المدة فسد البيع عنده لعجزه عن تملكه باسقاط خياره وتم عندهما لعجزه عن رد
بفسخه ومنها ما اذا اشترى دارا على انه بالخيار وهو ساكنها باجارة او اعارة فاستدام سكناها قال الامام
السرخسى لا يكون اختيارا وانما الاختيار ابتداء السكنى وقال خواهرزاده استدامة السكنى اختيار عندهما
لانه يملك الثمن وعنده ليس باختيار لانه بالاجارة او الاعارة لم يملك شيئا ومنها حلال اشترى ظبيا بالخيار فقبضه
ثم احرم والظبى فى يده ينتقض البيع عنده ويرد الى البايع ولا يلزم المشترى ولو كان الخيار للبايع ينتقض بالاجماع
ولو كان للمشترى فاحرم البايع للمشترى ان يرده ومنها ان الخيار اذا كان للمشترى وفسخ العقد
فالزوائد ترد على البايع عنده لانها لم تحدث على ملك المشترى وعندهما للمشترى لانها حدثت على ملكه الكل
فى فتح القدير ومن له الخيار سواء كان بايعا او مشتريا او اجنبيا له ان يجيز فى مدة الخيار باجماع الفقهاء وله ان
يفسخ فان اجاز فله ان يجيز بحضرة صاحبه وغيبته اى بغير علمه اذا كان الخيار للبايع فنفاذ البيع باعتبار
ثلاثة بمضى مدة الخيار وبموته كما سياتى وباغمائه وجنونه فى المدة فان افاق فيها قال الاسبيجابى الاصح انه على
خياره ولو سكر من الخمر لم يبطل بخلاف سكره من البنج ولو ارتد فعلى خياره اجماعا فلو تصرف بحكم الخيار فهو موقوف
عنده خلافا لهما والمعنى الثالث ان يخبر البايع كان يقول اجزت البيع ورضيته واسقطت خيارى ونحو ذلك
واذا كان المشترى فنفاذه بما ذكرنا من الامور الثلاثة للبايع وبالفعل بان يتصرف فى المبيع تصرف الملاك فى مدة
الخيار

الخيار وسيشير اليه المصنف بقوله وبكل ما يدل على الرضى تم البيع بشرط الخيار واذا اجيز ثبت الملك من وقت
العقد حتى يستحق المشتري المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة جميعا ولا يفسخ من له الخيار البيع الا بحضرته عند ابي
حنيفة رح ومحمد رح وهو قول مالك وكنى عن العلم بالحضرة حتى لو لم يبلغه الفسخ الا بعد المدة تم البيع لعدم اعتبار
ذلك الفسخ خلافا لابي يوسف فانه يقول يجوز الفسخ بغيبة صاحبه ايضا وهو قول الشافعي فكذا الخلاف
في خيار الرؤية ثم الفسخ بالقول في المدة بان يقول فسخت او رددت البيع وغير ذلك مما يدل على رد البيع وهذا
الفسخ هو الذي الخلاف في جوازه بغير علم الآخر واما الفسخ بالفعل فيجوز بغير علمه اتفاقا لابي يوسف ان الفاسخ منهما
مسلط على الفسخ من جهة صاحبه الذي لا خيار له ولا يتوقف فسخه على علمه كبيع الوكيل يجوز مع عدم علم الموكل ولهما
انه تصرف في حق الغير وهو غير خيار له بالرفع والخلو عن الضرر لان من لا خيار له عساه يعتمد على تمام البيع السابق
اذا انقضت المدة ولم يظهر له الفسخ فيتصرف المشتري فيه فيما اذا كان الخيار للبايع والواقع انه فسخ فيلزمه
غرامة القيمة بالهلاك وقد يكون القيمة اكثر من الثمن او لا يطلب سلعته مشتريا معتمدا على نفاذ البيع لما لم يظهر
له الفسخ في المدة فيما اذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر يجيء من قبل الانفراد بالفسخ فيتوقف على علمه بخلاف عزل
الوكيل وهذا معنى قوله فان فسخ من له الخيار وعلم به صاحبه في المدة انفسخ البيع والا اي وان لم يعلم تم
العقد ولو جاء الى باب البايع ليرد فاختفى فطلب من القاضي ان ينصب خصما عن البايع ليرده عليه قال بعضهم
ينصب نظرا للمشتري وقال محمد بن سلمة لا يجيبه لان المشتري ترك النظر لنفسه حيث لم ياخذ منه كفيلا مع احتمال
غيبته فلا نظر له فان لم ينصب القاضي وطلب المشتري من القاضي الاعذار عن محمد روايتان في رواية ينصب مناديا
ينادي على باب البايع ان القاضي يقول ان خصمك فلان يريد ان يرد المبيع عليك فاحضر فان حضرت والا
نقضت البيع ولا ينقض القاضي بلا اعذار وفي رواية لا يجيبه الى الاعذار ايضا وقيل لمحمد يعني على هذه الرواية كيف
يصنع المشتري قال ينبغي للمشتري ان يستوثق فياخذ منه وكيلا ثقة اذا خاف الغيبة حتى اذا باع يرده على
الوكيل ويتم العقد ويبطل الخيار ايضا بموت من له الخيار بايعا كان او مشتريا ولم ينتقل الى ورثته فيلزم
البيع فان كان الخيار للبايع دخل المبيع في ملك ورثته وان كان الخيار للمشتري دخل المبيع في ملك ورثته
وللبايع الثمن في التركة ان لم يكن قبضه وقيد بمن له الخيار لانه اذا مات العاقد الذي لا خيار له فالآخر على خياره
بالاجماع فاذا امضى البيع مضى وان فسخ انفسخ فكذا اتم العقد بمضي المدة وبالاخذ بشفعة بسبب المبيع واستفد
من هذا ان من اشترى دارا بالخيار له ان يستشفع بها فيما بيع بجنبها لان كلا لاجازة والرضى والشفعة بها
رضا بها لانها تدل على اختياره الملك فيما يشفع به لانه ما ثبت الشفعة الا لدفع ضرر الجوار وذلك يحصل باستدامة
الملك فحيث شفع دل على انه مستديم للملك فيتضمن سقوط الخيار سابقا عليه وبكل ما يدل على الرضاء كالركوب
لغير الاختبار بالبا الموحدة اي الامتحان والوطي والاعتاق وتوابعه والحاصل ان العقد قد يتم بالقول
وقد مر وبالفعل بان يتصرف في المبيع تصرف الملاك في مدة الخيار بان يعتق او يكاتب او يلد او يبيع المبيع
او يهبه ويسلمه او يرهنه او يوجره وان لم يسلمه على الاصح وكذا اذا علق عتقه في المدة فوجد الشرط فيها ومن ذلك
ان يباشر في المبيع فعلا لا يحتاج اليه للامتحان ولا يحل في غير الملك بحال فان كان يحتاج اليه للامتحان لا
يحل في غير الملك فهو على خياره فالوطي اجازة وكذا التقبيل بشهوة والمباشرة والنظر الى الفرج بشهوة
لا بغير شهوة لان ذلك يحل في غير الملك في الجملة فان الطبيب والقابلة يحل لهما النظر ولو انكر الشهوة في هذه

كان القول قوله لانه ينكر سقوط خياره وكذا اذا فعلت الجارية ذلك يسقط خياره في قول ابي حنيفة وقال
محمد لا يكون فعلها البتة اجازة للبيع لان شرط الخيار ليختار هو لا ليختار عليه ولابي حنيفة رح ان حرمة المصاهرة
تثبت بهذه الاشياء وكانت ملحقة بالوطي فصارت ملحقة به في ايجاب الحرمة كالمضاف الى الرجل واما الضجعة
مكرها كان او مطاوعا اختيار ولو دعى الجارية الى فراشه لا يسقط خياره والاستخدام ليس باجازة لانه يمتحن
به والاستخدام ثانيا اجازة الا اذا كان في نوع آخر واكله المبيع وشربه ولبسه يسقط الخيار وفي فتاوى قاضيخان
اذا لبسه مرة واستخدم الجارية مرة لا يبطل خياره ويبطل بمرتين وركوبها ليسقيها او يردها او يعلفها
اجازة ولو قطع حوافر الدابة او اخذ بعض عرفها لا يبطل ولو نسخ من الكتاب لنفسه او غيره لا يسقط ولو درس
فيه يسقط وقيل على العكس وبه اخذ ابو الليث وطلب الشفعة بالدار المشتراة رضى بها بخلاف خيار الرؤية
والعيب ولو حدث به عيب في خيار المشتري بطل خياره سواء حدث بفعل البايع او بغير فعله عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد لا يلزمه العقد بفعل البايع لان البايع لا يقدر على الزام البيع بخلاف ما اذا كان من اجنبي
فان لزومه لا من قبله ولهما ان ما ينقص بفعل البايع في ضمان المشتري فيلزم العقد في ذلك القدر الذي تلف في
ضمانه وتعذرت على البايع حصته من الثمن فحتى رد الباقي كان تفريقا للصفقة على البايع قبل التمام في حق الرد وهو لا يجوز
كفعل الاجنبي واذا عرف هذا عرف ان المشتري يرجع على البايع بالارش ولو كان الخيار للبايع وحدث به عيب
فهو على خياره لان ما انقص بغير فعله فهو غير مضمون على البايع وكذا لو سقط طرفه لم يسقط شيء من الثمن لكنه يتخير المشتري
ولو حدث بفعل البايع انتقض البيع لان ما انتقص مضمون عليه وسقط حصته من الثمن فلو ابقينا الخيار لتفرقت
الصفقة على المشتري ولو نزع الدابة فهو رضا فلو حلب لبنها فهو رضا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف لا يكون رضى
حتى يشربها او يستهلكه ولو سقى حرثا في الارض فيما اذا اشترى الارض او حصد الزرع او قصل منه شيئا فيما اذا
اشترى الزرع فهو رضى ولو سقى دابة من النهر او شرب هو فليس برضى ولو طحن في الرحى فهو رضى ولو كان دارا
فيها ساكن فطلب المشتري الاجرة من الساكن فهو اجازة ولو غسل العبد او الجارية او مشطها بالمشط او ادهن
والبسها فليس برضى الكل في فتح القدير ولو شرط المشتري الخيار لغيره جاز وايهما من العاقد او المشروط
له الذي هو غيره اجاز او فسخ صح استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي لان الخيار من مواجب العقد
واحكامه فلا يجوز اشتراطه لغير العاقد كاشتراط الثمن على غير المشتري وجه الاستحسان ان الحاجة قد تمس الى اشتراطه
للغير لان شرعيته لاستخلاص الرأي وقد يكون الانسان يعلم من نفسه قصورا في الرأي والتدبير غير واثق بها في ذلك بل
بغيره ممن يعلم جودة رأيه ومعرفته بالقيم واحوال البياعات فيشترط الخيار له ليحصل المقصود من شرعيته وعند صيرورة
الخيار لهما ان اجاز واحد منهما وفسخ الآخر على التعاقب اعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره وان كانا
اي الاجازة والفسخ صدرا منهما معا اختلف فيه فاعتبر تصرف العاقد في رواية كتاب البيوع نقضا واجازة
لان تصرف العاقد اقوى لان النائب يستفيد الولاية منه واعتبر تصرف الفاسخ في رواية كتاب المأذون سواء
كان العاقد او وكيله الاجنبي وقد اشار المص الى اختياره حيث عينه بقوله فالفسخ اذ لا ترجيح بكونه اصيلا
او وكيلا لان الوكيل بعد ما استفاد الولاية على الفعل كان مثله فاستويا ثم يترجح بنفس التصرف والفسخ
اقوى لانه يلحق المجاز فيبطل والاجازة لا تلحق المفسوخ فيترجح قال شمس الائمة الصحيح ما ذكر في المأذون ثم قالوا
الاول قول محمد والثاني قول ابي يوسف ولو باع عبدين بالخيار في احدهما فان عينه وفصل ثمن كل صح

والافلا المسئلة على اربعة اوجه في ثلاثة البيع فاسد وفي واحد صحيح احدها ان لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهي المذكورة في الجامع الصغير ويمكن ان يكون المراد بالكتاب في قول صاحب الهداية وهو الوجه الاول المذكور في الكتاب والاظهر انه يريد به البداية لان الهداية شرحها وفسد لجهالة المبيع والثمن جميعا وثانيها وهو الوجه الجائز ان يعين كلا منهما لانتفاء المفسد بجهالة احد الامرين وثالثها ان يفصل الثمن ولم يعين الذي فيه الخيار وفساده لجهالة المبيع بسبب جهالة الذي فيه الخيار ورابعها ان يعين الذي فيه الخيار ولا يفصل الثمن والفساد فيه لجهالة الثمن بسبب جهالة ما فيه الخيار **فروع** في قاضي خان باع عبدين على انه بالخيار فيهما وقبضهما المشتري ثم مات احدهما لا يجوز البيع في الباقي وان تراضيا على اجازته لان الاجازة بمنزلة ابتداء العقد في الباقي بالحصة ولو قال البايع في هذه المسئلة نقضت البيع في هذا او في احدهما كان لغوا كانه لم يتكلم وخياره فيهما باق كما كان كما باع عبدا واحدا وشرط الخيار لنفسه ولو اشتريا غلاما على انهما بالخيار فرضي احدهما لا رد للآخر عنده وقالا له رد نصيبه ولو كان الخيار للعاقدين فقال البايع بحضور المشتري اجزته ثم قال المشتري فسخته بحضوره انفسخ فان هلك في يد المشتري سقط الثمن ولو بدا المشتري بالفسخ ثم البايع بالاجازة ثم هلك فعلى المشتري قيمته ولو تفاسخا العقد ثم هلك في يد المشتري قبل الرد يبطل حكم الفسخ ذكره في المجتبى وفي الفتاوى باع ارضا على ان البايع بالخيار ثلثة ايام وتقابضا ثم نقض البايع البيع تبقى الارض مضمونة على المشتري وللمشتري حبسها لاستيفاء الثمن الذي كان دفعه الى البايع فان اذن البايع بعد ذلك للمشتري في زراعتها فزرعها تصير امانة عند المشتري وكان للبايع ان ياخذها متى شاء قبل ان يرد الثمن وليس للمشتري حبسها لانه لما زرعها باذن البايع صار كانه سلمها الى البايع ولو مرض العبد والخيار للمشتري فلقي البايع فقال له نقضت البيع ورددت العبد عليك فلم يقبل البايع ولم يقبضه فان مضت المدة والعبد مريض لزم المشتري وان صح فيها فلم يرده حتى مضت كان له ان يرده على البايع بذلك الرد الذي كان منه ومن باع على انه بالخيار فصالحه المشتري على دراهم او عرض بعينه على ان يسقط الخيار ويمضي البيع ففعل جاز وطاب اذ حاصله زيادة في الثمن وكذا لو كان الخيار للمشتري فصالحه البايع على ان يسقط الخيار ويحط عنه من الثمن كذا او يعطيه هذا العرض جاز لانه زيادة في البيع او حط من الثمن ولو امره ببيع عبده على ان يشترط الخيار فباعه مطلقا لم يجز ولو امره مطلقا فباعه بشرط الخيار للآمر او الاجنبي صح ولو وكله بالشراء توكيلا صحيحا فهو على ما ذكرنا من التفصيل الا ان العقد متى لم ينفذ على الآمر ينفذ على المامور بخلاف البيع لان الشراء اذا لم يجد نفاذا نفذ على العاقد ويجوز خيار التعيين وهو بيع احد الشيئين او بيع احد ثلثة اشيا غير معين على ان ياخذه المشتري اي شاء يعني على انه بالخيار ثلثة ايام فيما يعينه بعد تعيينه المبيع اما اذا قال بعتك عبدا من هذين بمائة ولم يذكر قوله على انك بالخيار في ايهما شئت لا يجوز اتفاقا كقوله بعتك عبدا من عبيدي ولا يجوز اكثر من ثلثة والقياس ان يفسد البيع في الكل في احد الاثنين والثلثة بجهالة المبيع كما في الاربعة وهو قول زفر والشافعي ووجه الاستحسان ان شرع الخيار في خيار الشرط للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والاوفق والحاجة الى ذلك متحققة لانه قد يحتاج الى راي غيره ولا يمكن ان يرفع اليه العدد وهي تندفع بالثلاث لتحقق الجيد والردي والوسط فلا تشرع الرخصة في الزائد والجهالة لا تفضي الى المنازعة في الثلاث لتعيين من له الخيار وتوضيحه انه قد ظهر ان هذا البيع للحاجة الى اختيار الاوفق لمن نفع له والارفق حاضرا او غائبا فظهر انه لا يجوز للبايع بل يختص خيار التعيين بالمشتري لان البايع لا حاجة له الى اختيار الاوفق والارفق لان المبيع كان معه قبل البيع فلهذا نص في المجرد على انه لا يجوز في جانب البايع

وذكر

فصل في الخيارات في الخزانة [illegible] باع بخيار ثلثة ايام لا يبطل خياره [illegible] والاول وعقدا ان كان [illegible] احتمال ان [illegible] المدبون في بعض المواضع [illegible]

وذكر الكرخي انه يجوز وقد عرفت الفرق ثم اختلف المشايخ في انه يشترط في البيع الذي فيه خيار التعيين ان يكون فيه خيار الشرط قيل نعم كما هو المذكور في الجامع الصغير ونسبه قاضي خان الى اكثر المشايخ وقال شمس الائمة في جامعه هو الصحيح وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير وغيره وصححه فخر الاسلام وقال الصحيح عندنا انه ليس بشرط وهو قول ابن شجاع الكل من فتح القدير ويتقيد خيار التعيين بمدة خيار الشرط على الاختلاف المذكور فيه بينه وبينهما والمبيع واحد والباقي امانة فلو قبض الكل فهلك واحد او تعيب لزم البيع فيه وتعين الباقي للامانة لامتناع الرد بالعيب فلو هلك الآخر بعده بلا تعدٍ هلك بغير شيء لانه تعين امانة اما لو هلك احدهما قبل القبض او تعيب فلا يبطل البيع والمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بثمنه وان شاء ترك ولو هلك الكل قبل القبض بطل البيع وان هلك الكل معا بعد القبض لزمه نصف ثمن كل واحد من الاثنين او ثلثه في الثلاثة لشيوع المبيع والامانة وكذا اذا هلك على التعاقب ولم يدر السابق واثر هذا انما يظهر اذا كان ثمنهما متفاوتا في الكمية فان كانا متفقين فلا وكذا اذا هلكا على التعاقب واختلفا في الهالك اولا فادعى انه اكثرهما ثمنا وقال المشتري الاقل فان القول قول المشتري مع يمينه وايهما بين قبل وان اقاماها قضي ببينة البايع لاثباتها الزيادة ولو تعيبا معا بطل خيار الشرط وامتنع عليه ردهما وخيار التعيين على حاله فيمسك ايهما شاء بثمنه ويرد الآخر ولا يغرم من قيمة عيب المردود شيئا استحسانا لان المعيب محل لابتداء البيع ايضا بخلاف الهالك فانه ليس محلا لابتدائه فليس محلا للتعيين ولو كان البيع فاسدا فقبضهما فاحدهما مضمون عليه بالقيمة والآخر امانة ولو ماتا جميعا ضمن نصف قيمة كل منهما بخلاف البيع يضمن نصف ثمن كل كما مر وليس له رد الكل لان احدهما مبيع لا على التعيين فليس له الا التعيين الا ان ضم اليه اي الى خيار التعيين خيار الشرط فله رد الكل بحكم خيار الشرط ففي الكلام اشارة الى اختيار ما ذكر في الجامع الكبير من ان خيار الشرط ليس بشرط في خيار التعيين كما مر ويورث اي يعطى للمورث بالفتح ويثبت له خيار التعيين لاختلاط ملكه بملك الغير فللمورث رد احدهما كما للمورث ويورث خيار العيب بتبعية العين لان للمورث طلب الجزء الفائت من المبيع كما للمورث لا يورث خيار الشرط والرؤية لانهما مخصوصان بالعاقد بالنص وتجري هذه الخيارات فيما يفسخ برد البدل كما في الاجارة ونحوها لا فيما لا يفسخ كما في الخلع والنكاح وتمامه في العمادي كذا في القهستاني وقال الشافعي يورث خيار الشرط وبه قال مالك لانه حق لازم في البيع حتى ان صاحبه لا يملك ابطاله فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين فانهما يورثان بالاتفاق ولنا ان الخيار ليس الا مشية وارادة فلا يتصور انتقاله لانه وصف شخصي لا يمكن فيه ذلك والارث فيما يمكن فيه الانتقال وهو الاعيان بخلاف ما قاسوا عليه من خيار العيب لان الارث للعين ومن جملته الجزء الفائت واذا دخل في ملكه تمام الاجزاء ولبعضها محتبس عند البايع كان له ان يختار ان يترك حقه او يطلبه وهذا معنى ثبوت خيار العيب غير ان طلبه لا يمكن شرعا الا برد الكل واما خيار التعيين فجعل اصلا آخر لك فيه لا يصح على اصله لانك قد عرفت انه لا يجبر خيار التعيين فكانه ذكره الزاما لنا وجوابنا كذلك ان المورث هو احد العينين المخير في تعيينه فينتقل الى الوارث ذلك ولازمه اختلاط الملكين فصار كما اذا اورثها لا اشتركا فيثبت حكم ذلك وهو وجوب التعيين والافراز وهو معنى الخيار فجاء الخيار لازما للعين الموروثة في ضمنها لا قصدا على وجه الاستقلال ولا يمكن ذلك فيما فيه خيار الشرط لان البيع ليس ملزوما للخيار لينتقل الى الوارث بما فيه على انه لا يتصور اذا كان الخيار للمشتري فانه لم يدخل المبيع في ملكه عند ابي حنيفة فلا يورث ووجهه يقوى على ما تقدم كذا في فتح القدير وقال صاحب البدايع خيار الشرط لا يورث على اصل اصحابنا وخيار التعيين يورث بالاجماع

الا ان للمشتري ان يردهما جميعا لاحكما بخيار الشرط المعهود ليشترط له بيان المدة بل لان البيع المضاف الى احدهما غير لازم فكان محلا للفسخ كالبيع بشرط خيار معهود انتهى وفي قاضي خان ولا يورث خيار الرؤية كما لا يورث خيار الشرط ولا يورث خيار العيب انتهى ولو اشتريا شيئا على انهما بالخيار فرضي احدهما بالبيع لا يرد الاخر عنده خلافا لهما وعلى هذا الخلاف خيار العيب والرؤية لهما اثباته لكل منهما فلا يسقط حقه باسقاط صاحبه حقه وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده احدهما رده معيبا به وفيه الزام ضرر زائد فان البايع كان بحيث ينتفع به متى شاء كيف شاء فصار بحيث لا يقدر على ذلك الا بطريق المهايأة والخيار ما شرع لدفع الضرر عن احدهما بالحاق الضرر بالاخر ولو اشترى عبدا على انه خباز او كاتب اي حرفته ذلك فظهر بخلافه فالمشتري بالخيار ان شاء اخذه بكل الثمن او ترك ولو مات هذا المشتري انتقل الخيار الى ورثته اجماعا لانه في ضمن ملك العين وهذا الشرط حاصله شرط وصف مرغوب فيه في البيع فلو كان موجودا دخل في العقد وكان من مقتضياته فكان شرطه اذا لم يكن فيه ضرر صحيحا فالاصل في اشتراط الاوصاف ان ما كان وصفا لا غرر فيه فهو جائز وما فيه غرر لا يجوز الا ان يكون اشتراطه بمعنى البراءة من وجوده وهو ما ليس مرغوبا فيه فعلى هذا يتفرع ما لو باع ناقة او شاة على انها حامل او تحلب كذا فالبيع فاسد عندنا خلافا للشافعي على الاصح عنده لانه شرط زيادة مجهولة لعدم العلم بها حتى لو شرط انها حلوبة جاز كما اذا شرط في الفرس انه هملاج وفي الكلب انه صائد حيث يصح ومنه شرط كونه ذكرا او انثى وشرط كون الثمن مكفولا به اما لو اشترى جارية على انها حامل فاختلف المشايخ فيه قيل لا يجوز كالناقة والشاة وقيل يجوز لان الحبل في الجواري عيب بخلاف البهائم فكان ذكره للبراءة عن هذا العيب وقيل ان اشترطها ليتخذها ظئرا فشرط انها حامل يعني ذكر غرضه ذلك للبايع فالبيع فاسد لانه شرط زيادة مجهولة في وجودها غرر فكان كالناقة وان لم يرد ذلك جاز حملا لقصد البراءة من عيب الحبل ومنه لو اشترى على انه معيب فوجده سليما صح وكان له هذا ومذهب الحسن عن ابي حنيفة في شرط الحمل في البقرة والجارية انه يجوز وروى ابن سماعة عن محمد في اشتراط انها حلوبة لا يجوز لان المشروط فيها امثل خروجه وهو اللبن قال محمد في مسئلتنا فان قبضه المشتري ووجده كاتبا او خبازا على ادنى ما ينطلق عليه الاسم لا يكون له حق الرد ومعناه ان يوجد منه ادنى ما ينطلق عليه اسم الكاتب والخباز اعني الاسم الذي يشعر بالحرفة فلو فعل من ذلك ما ليس كذلك كان له حق الرد بان يكتب شيئا يسيرا ناقصا في الوضع ما ليس كذلك او يخبز قدر ما يدفع منه الهلاك بالكلية واذا لم يجده كما شرط وامتنع الرد بسبب من الاسباب رجع المشتري على البايع بحصته من الثمن بان يقوم العبد كاتبا وغير كاتب فيرجع بالتفاوت وعن ابي حنيفة لا يرجع بشيء لان ثبوت الخيار للمشترط بالشرط لا بالعقد وتعذر الرد في خيار الشرط لا يوجب الرجوع على البايع فكذا هذا والصحيح انه في هذه الرواية وبه قال الشافعي لان البايع عجز عن تسليم وصف السلامة كما في العيب ولو اختلف البايع والمشتري بعد مدة فقال المشتري لم اجده كاتبا وقال البايع سلمته كاتبا ولكنه نسي عندك والمدة تحتمل ان ينسى في مثلها فالقول للمشتري والاصل في هذا ان القول لمن تمسك بالاصل وان العدم في الصفات العارضة اصل والوجود في الصفات الاصلية اصل وشهادة النساء بانفرادها في الاصلية اصل وشهادة النساء بانفرادها فيما لا يطلع عليه الرجال حجة اذا تايدت بمؤيد وان لم تتايد تعتبر في ثبوت توجه الخصومة لا في الزام الخصم اذا عرف فاذا اختلفا قبل القبض وبعده فقال المشتري ليس به هذا الوصف وقال البايع هو بهذا الوصف للحال يؤمر بالخبز والكتابة فان فعل ما ينطلق عليه الاسم على ما

ذكرنا

ذكرنا لزم المشتري والا يرد ولا يعتبر قول العبد في ذلك وان قال البايع سلمته بها ونسي عندك والمدة تحتمل ذلك والمشتري ينكر ذلك فالقول للمشتري ويرده وان لم يكن قبضه لم يجبر على قبضه ودفع الثمن حتى يعرف هذه الصفة ولو اشترى جارية على انها بكر ثم اختلفا قبل القبض او بعده فقال البايع بكر للحال والمشتري ثيب فان القاضي يريها النساء فان قلن بكر لزم المشتري بلا يمين البايع لان شهادتهن تايدت بها بمؤيد لان الاصل البكارة وان قلن ثيب لم يثبت حق الفسخ بشهادتهن لان الفسخ حق قوي وشهادتهن حجة ضعيفة لم يتايد بمؤيد لكن يثبت حق الخصومة ليتوجه اليمين على البايع اذا لم يكن للمشتري مثل العور والخصومة حق ضعيف لانها ليست بمقصودة لذاتها فجاز ان يثبت بشهادتهن فيحلف البايع بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر فان لم يكن قبض يحلف بالله لقد بعتها وهي بكر فان نكل ردت عليه وان حلف لزم المشتري واعلم انه اذا شرط في البيع ما يجوز اشتراطه فوجده بخلافه فتارة يكون البيع فاسدا وتارة يتم على الصحة ويثبت للمشتري الخيار وتارة يتم صحيحا ولا خيار للمشتري وهو ما اذا وجده خيرا مما شرطه وضابطه ان كان المبيع من جنس المسمى ففيه الخيار والثياب اجناس اعني الهروي والاسكندري والمروي والكتان والقطن والذكر مع الانثى في بني آدم جنسان وفي ساير الحيوان جنس واحد والضابط فحش التفاوت في الاغراض وعدمه فاذا اشتراه ثوبا على انه اسكندري فوجده بلديا او هروي فوجده مرويا او كتان فوجده قطنا او ابيض فوجده مصبوغا او مصبوغ بعصفر فاذا هو بزعفران او دارا على ان بناءها آجر فاذا هو لبن او على ان لا ابناء ولا نخل فيها فاذا بها بناء او نخل او ارضا على ان جميع اشجارها مثمرة فوجد واحدة غير مثمرة او على انه عبد فاذا هو جارية او فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج فهو فاسد في جميع ذلك ولو اشترى جارية على انها مولدة الكوفة فاذا هو مولدة بغداد او غلاما على انه تاجر او كاتب فاذا هو لا يحسنه او على انه فحل فاذا هو خصي او عكسه وانها بغلة فاذا هو بغل او ناقة فكان جملا او لحم معز فكان لحم ضان او على عكسه ونحو ذلك فله الخيار فلو اشترى على انه بغل فوجده بغلة او حمارا او بعيرا فاذا هو اتان او ناقة او جارية على انها رتقاء او حبلى او ثيب فاذا هو بخلافه جاز ولا خيار له لانه صفة افضل من المشروطة وينبغي في مسئلة البعير والناقة ان تكون في العرب واهل البوادي الذين يطلبون الدر والنسل اما اهل المدن والمكارية فالبعير افضل ولو باع دارا على ان فيها جذوع الخشب والابواب والنخيل فاذا ليس فيها شيء من ذلك لا خيار للمشتري الكل من فتح القدير

فصل في خيار الرؤية

قدمه على خيار العيب لانه يمنع تمام الحكم وذلك يمنع لزوم الحكم واللزوم بعد التمام من اشترى ما لم يره جاز خلافا للشافعي ولكن اي لمن اشترى ما لم يره والمراد منه مشتري العين بالدين اي الدراهم والدنانير فلو باع دينا بدين فلا خيار لهما ولو باع عينا بعين كان لهما الخيار كما في المحيط وغيره رده عند الرؤية فلو اجازه ثم رآه كان له ان يرده وقال بعضهم ليس له ذلك لكن لا رواية فيه كما في التحفة والاول مروي عن ابي يوسف وعليه عامة المشايخ وهو الصحيح كذا في القهستاني وفي الفتاوى اشترى جارية متنقبة فلما كشف وجهها قال هي جاريتي وادعاها لا تسمع وكذا لو اشترى ثوبا في جراب فلما نشره قال هذا ثوبي لا يسمع والاصل هذا في الزيادات ان الاستيام هل هو اقرار فيه روايتان على رواية الزيادات يكون اقرارا بكونه ملك البايع وفي رواية الجامع لا يكون اقرارا والاصح رواية الزيادات وعلى الروايتين لا تسمع دعواه بعد الاستيام من غير البايع كما لا تسمع من البايع كذا في اقرار الخلاصة اذا رآه سواء رآه على الصفة التي وصفت له او على خلافها مثل ان يشتري

بيع ٥٤

جرابا فيه اثواب هروية او زيتا في زق او حنطة في غرارة من غير ان يظهر شيئا ومنه ان يقول بعتك درة في كم صفتها كذا او ثوبا في كمي صفته كذا او هذه الجارية وهي حاضرة متنقبة له الخيار اذا رأى شيئا من ذلك وفي المبسوط الاشارة اليه او الى مكانه شرط الجواز فلو لم يشر اليه ولا الى مكانه لا يجوز بالاجماع انتهى لكن اطلاق الكتاب يقتضي جواز البيع سواء سمى جنس المبيع او لا وسواء اشار الى مكانه او اليه وهو حاضر مستور او لا بل عامة المشايخ قالوا اطلاق الجواب يدل على الجواز عنده وطائفة قالوا لا يجوز لجهالة المبيع من كل وجه والظاهر ان المراد بالاطلاق ما ذكره شمس الائمة وغيره كصاحب الاسرار والذخيرة لتعذر القول بجواز ما لم يعلم جنسه اصلا كان يقول بعتك شيئا وقول صاحب الهداية وقال الشافعي لا يجوز العقد اصلا هو فيما لم يسم جنسه قولا واحدا لا يجوز واما فيما سمى جنسه وصفته على ما نقل في شرح الوجيز انه يجوز على قوله القديم ولا على قوله الجديد وعند مالك واحمد مثل قولنا واختاره كثير من اصحاب الشافعية منهم القفال واعلم ان خيار الرؤية يثبت في اربعة مواضع ليس غير شراء الاعيان والاجارة والصلح عن دعوى مال على عين والقسمة وعرف من هذا انه لا يكون في الديون فلا يكون في المسلم فيه ولا في الاثمان الخالصة بخلاف ما لو كان المبيع اناء من احد النقدين فان فيه الخيار ولو تبايعا مقايضة ثبت الخيار لكل منهما ومحله كل ما كان في عقد ينفسخ بالفسخ لا ما لا ينفسخ كالمهر وبدل الصلح عن القصاص وبدل الخلع وان كانت اعيانا لانه لا يفيد فيها لان الرد لما لم يوجب الانفساخ بقي العقد قائما وقيامه يوجب المطالبة بالعين لا بما يقابلها من القيمة فلو كان له ان يرده كان له ان يرده ابدا وليس للبائع ان يطالب المشتري بالثمن ما لم يسقط خيار الرؤية منه ولا يتوقف الفسخ على قضاء ولا رضا بل بمجرد قوله رددت ينفسخ قبل القبض وبعده لكن بشرط علم البائع عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف كما هو خلافهم في الفسخ في خيار الشرط ثم ان خيار الرؤية غير موقت بوقت خلافا لما ذهب اليه بعض المشايخ من انه موقت بعد الرؤية بعد ما يتمكن فيه من الفسخ فاذا تمكن من الفسخ بعد الرؤية فلم يفسخ بطل خياره ولزم البيع فيه والمختار انه لا يتوقت بل يبقى الى ان يوجد مبطله واليه اشار بقوله ما لم يوجد ما يبطله اي الخيار كالتصرف الآتي وان للوصل اي وان رضي المشتري بالبيع واجازه قبلها اي قبل الرؤية فان خيار الرؤية معلق بالرؤية بالنص لما روينا فلا يثبت قبلها ولا خيار لمن باع ما لم يره كمن ورث عينا من الاعيان في بلد اخرى فباعها قبل ان يراها فانه لا خيار له وكان ابو حنيفة يقول اولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب فانه يثبت للبائع حتى جاز ان يرد الثمن بالزيافة وخيار الشرط فانه يجوز لهما ووجه القول الثاني ما مر ان الخيار معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه ويبطل خيار الرؤية ما يبطل خيار الشرط من تعييب وتعيب لانه اخذ سليما فيمتنع ان يرده معيبا في يده اي المشتري تعيبا حقيقيا او حكميا كما اذا اشترى لبنا لم يره وحمله البائع الى منزل المشتري ثم رآه فاراد رده فانه لا يرد لانه يحتاج الى الحمل فهو بمنزلة عيب حادث عند المشتري وعن محمد من اشترى برا لم يره بالري فحمله الى الكوفة ليس له ان يرده بالكوفة ولكن يحمله الى الري ويرده ثمة كذا في المحيط وتعذر رد بعضه بسبب هلاك بعضه لانه لو رد بعضه الباقي لزم تفريق الصفقة وتصرف لازم بحيث لا يفسخ كتعلق حق الغير به فلو كان غير لازم كبيعه بشرط الخيار له وهبته بلا تسليم لا يبطل الخيار ولو باع بشرط الخيار للمشتري يبطل خيار رؤيته لانه من جانبه لازم ولو تصرف بعد رؤيته يبطل خياره وان كان غير لازم لانه يدل على رضاه ولو طلب بالمبيع الذي لم يره شفعة لا يبطل خياره بخلاف خيار الشرط وخيار العيب كذا في النهاية كالاعتاق ولو ابعد كالتدبير او يوجب عطف على يبطل اي الا يبطل حقا للغير كالبيع المطلق اي بدون الخيار للبائع سواء كان

للمشتري فيه خيار ام لا والرهن والاجارة والهبة مع التسليم سواء وجدت قبل الرؤية وبعدها لان هذه الحقوق مانعة من الفسخ واذا تعذر الفسخ شرعا بطل الخيار وهو جواب تقدير قيد في الحديث فيكون قوله عم وله الخيار اذا رآه مقيدا بما اذا لم يوجد موجب شرعي عدمه اذا رآه وحاصله تقدير مخصص بالعقل وما اي تصرف وهو مبتداء خبره قوله الآتي يبطل لا يوجب حقا للغير كالبيع بالخيار للبائع والمساومة بالمبيع والهبة بلا تسليم يبطل بعدها اي بعد الرؤية لوجود دلالة الرضى لا قبلها لانه لو ابطل الخيار كان باعتبار دلالته على الرضى وصريح الرضى لا يبطل الخيار قبلها فدلالته اولى ولما كان الحديث مقيدا بالتفصيل المذكور سقط الاعتراض بالاخذ بالشفعة وبالعرض على البيع فانهما اذا وجدا من المشتري الذي له خيار الشرط يبطل خياره ولا يبطل بهما خيار الرؤية بل لو ان يأخذ بالشفعة ثم يرد الدار عند الرؤية وذلك لان دلالة الرضى لا تعمل في اسقاط خيار الرؤية قبل الرؤية اعلم ان في هذا التصرف الذي تعلق به حق الغير لو عاد الى ملكه يرد بها او بفك الرهن او فسخ الاجارة قبل الرؤية ثم رآه لا خيار له لانه سقط فلا يعود الا بسبب جديد الا في رواية عن ابي يوسف وثبوت الخيار له بظاهر النص لتقدم وجوب تخصيصه فكانت هذه الرواية الكائنة بعد العود من محال التخصيص ومما يسقط خيار الرؤية ان يقبضه اذ رآه لدلالة القبض بعد الرؤية على الرضى به ثم لما كان المعتبر في سقوط خيار الرؤية ما لم يعلم به المقصود اشار الى بعضه بقوله وكفت رؤية وجه الرقيق الاصل في هذا ان رؤية اجزاء المبيع غير شرط في انتفاء ثبوت خيار الرؤية لتعذره عادة وشرعا الا الجاز ان ينظر عورة العبد والامة التي يريد ان يشتريها ولزم في صحة بيع الصبرة النظر الى كل حبة حبة منها ولا قائل بذلك فاكتفي برؤية ما هو المقصود فاذا رآه جعل غير المرئي تبعا للمرئي فاذا اسقط الخيار في الاصل سقط في التبع اذا تمهد هذا ينبني عليه ان من نظر الى وجه العبد او الجارية ثم اشتراه فرأى الباقي فلا خيار له فليس له رده بخيار الرؤية بخلاف ما لو راى في بطنها او ظهرها او سائر اعضائها الا الوجه فان له الخيار اذا رأى وجهها لان سائر الاعضاء في العبيد والاماء تبع للوجه ولذا تتفاوت القيمة اذا فرض تفاوت الوجه مع تساوي سائر الاعضاء ورؤية وجه الدابة وكفلها معا لانهما المقصودان فيسقط برؤيتهما لا برؤية غيرهما منها والكفل محركة العجز وقيل لا يسقط ما لم ير قوائمها وهو المروي عن ابي يوسف ونقل صاحب الاجناس عن المجرد عن ابي حنيفة رح في الدابة اذا رأى عنقها او عجزها او ساقها او جنبها او صدرها ليس له خيار الرؤية وان رأى حوافرها او ناصيتها فله الخيار وعن محمد يكفي الوجه اعتبارا بالعبد وفي رواية المعلى عن ابي حنيفة يعتبر في الدواب عرف التجار وفي شاة اللحم لا بد من الجس باليد فلا يكفي الرؤية ما لم يجسها باليد حتى يظهر به الهزال والسمن وفي شاة القنية اي اللبن لا بد من رؤية الضرع مع جميع جسدها كذا في الاختيار ورؤية ظاهر الثوب المطوي ان لم يكن معلما كافية لان البادي يعرف ما في الطي فلو شرط فتحه لتضرر البائع بتكسر ثوبه ونقصان بهجته وبذلك ينقص ثمنه عليه الا ان يكون له وجهان فلا بد من رؤية كلا الوجهين ويكون في طيه ما يقصد بالرؤية كالعلم كما اشار اليه بقوله ورؤية علمه ان كان معلما ثم قيل هذا في عرفهم واما في عرفنا فما لم ير باطن الثوب لا يسقط خياره لان استقر خلاف الباطن والظاهر في الثياب وهو قول زفر وفي المبسوط الجواب على ما قال زفر في البساط لا بد من رؤية جميعه ولو نظر الى ظهور المكاعب لا يبطل خياره ولو نظر الى وجهها دون الصرم يبطل قيل وينبغي ان ينظر داخل الصرم في زماننا لتفاوته وكونه مقصودا وفي الجبة لا يبطل خياره برؤية باطنها ويبطل برؤية ظاهرها الا اذا كانت البطانة مقصودة بان كان بها فرو او ما

الوسادة المحشوة اذا راى ظاهرها فان كانت محشوة بما يحشى به مثلها يبطل خياره فان كان مما لا يحشى به مثلها فله
الخيار ورؤية داخل الدار وان للوصل لم يشاهد بيوتها وكذا اذا راى خارج الدار او راى اشجار البستان
من خارج لان النظر الى جميع اجزائها متعذر اذ لا يمكن النظر الى تحت السور والى ما بين الحيطان من الجذوع وعند زفر
لا بد من رؤية باطن الثوب مطلقا ومن مشاهدة البيوت وعليه الفتوى اليوم وما روى عن الامام من عدم الخيار لمن
راى صحن الدار او خارجها فانما هو على وفق عادة اهل الكوفة في زمانه فانها كانت على تقطيع واحد واما اليوم
فصفات البيوت متفاوتة متفاحشة فالعمل بما قاله زفر وعلى هذا اذا اشترى بستانا فالاصح انه لا يكتفى
بالنظر الى خارجه وهذا لا يتم الآن يقال وكل ذلك مقصود ثم ما ذكر من انه لا يشترط رؤية العلو الا في بلد يكون العلو
مقصودا كما في سمرقند ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة على خلاف بلادنا بديار مصر شرط بعضهم رؤية الكل وهو الاظهر
والاشبه كما قال الشافعي وهو المعتبر في ديار مصر والشام والعراق واما ما ذكر في الاشجار من الاكتفاء برؤيتها ورؤس
الاشجار او رؤيته خارجها فانكر بعض المشايخ هذه الرواية وقال المقصود من البستان باطنه فلا يكتفى برؤية ظاهره
وفي جامع قاضي خان لا يكتفى برؤية الخارج ورؤس الاشجار انتهى وفي الكرم لا بد من رؤية عنب الكرم من كل نوع
شيئا وفي الرمان لا بد من رؤية الحلو والحامض ولو اشترى دهنا في زجاجة فرؤيته من خارج الزجاج لا يكفي حتى
يصبه في كفه عند ابي حنيفة لانه لم ير الدهن حقيقة لوجود الحائل وعن محمد يكفي لان الزجاج لا يخفي صورة الدهن وذكر
هشام ان قول محمد موافق لقول ابي حنيفة وفي التحفة لو نظر في المرآة فراى المبيع قالوا لا يسقط خياره لانه
ما رأى عينه بل مثاله ولو اشترى سمكا في الماء يمكن اخذه من غير اصطياد فرآه في الماء قال بعضهم يسقط خياره
لانه راى عين المبيع وقال بعضهم لا يسقط وهو الصحيح لان المبيع لا يرى في الماء على حاله بل يرى اكبر مما
هو فهذه الرؤية لا تعرف المبيع واما اذا كان المبيع مغيبا في الارض كالجزر والبصل والثوم والفجل ونحوها ولم يذكر
في ظاهر الرواية وروى بشر عن ابي يوسف ان كان شيئا يكال او يوزن بعد القطع كالثوم والبصل والزعفران
والسلجم او يباع عددا بعد ما نبت نباتا يعلم منه وجوده تحت الارض جاز البيع فان قلع البعض هل يثبت له الخيار
فلو رضي به لزم البيع في الكل لان رؤية بعض المكيل او الموزون كرؤية الكل وان فعله المشتري بغير اذنه ان كان
المقلوع شيئا له ثمن بطل خياره في الكل فلم يكن له ان يرده رضي بالمقلوع او لم يرض وجد في باطن الارض اقل
او لم يوجد لان بالقلع صار المقطوع معيبا لانه كان حيا ينمو وبعده صار مواتا والتعييب في يد المشتري
يمنع الرد بخيار الرؤية لا محالة وان كان المقلوع شيئا لا ثمن له لا يبطل خياره لان وجوده كعدمه وان كان المقلوع
شيئا ~~لا ثمن له لا يبطل خياره~~ يباع عددا ان قلعه البائع او المشتري باذنه فالخيار في الباقي حتى لو رضي به
يلزم البيع في الكل لانه عددي متفاوت فرؤية بعضه لا يكون ككله وان قلعه المشتري بغير اذن البائع
بطل خياره وهو المختار وقد حكى فيه خلاف بين ابي حنيفة وبينهما كما ذكرنا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد
رؤية بعضه كرؤية كله وجعلاه كالمكيل والموزون والعددي المتقارب لان بعضها يدل في العادة على الكل
وان اختلف البائع والمشتري في القلع فقال المشتري اخاف ان قلعته لا يصلح لي ولا اقدر على الرد وقال
البائع لو قلعته فقد لا ترضى يتطوع اذن بالقلع فان تشاحا فسخ القاضي العقد بينهما وان راى بعض
المبيع فله الخيار اذا راى باقيه ايضا اذا كان الباقي اردى مما راى فله الخيار يعني خيار العيب لا خيار الرؤية
ذكره في الينابيع وفي الكافي اذا كان اردى له الخيار لانه انما رضي بالصفقة التي راها لا بغيرها وهذا التعليل يفيد

انه خيار

انه خيار الرؤية فيتحقق انه في بعض الصور خيار عيب وهو ما اذا كان اختلاف الباقي يوصله الى حد العيب
وخيار رؤية اذا كان الاختلاف لا يوصله الى اسم العيب بل الدون وقد يجتمعان فيما اذا اشترى ما لم
يره فلم يقبضه حتى ذكر له البائع به العيب ثم اراه المبيع في الحال وان كانت آحاده متفاوتة كالثياب والدواب
والعبيد فلا بد من رؤية كل واحد لكن على الوجه الذي ذكرنا اعني رؤية ما هو المقصود من كل واحد والجوز والبيض
من هذا القبيل فيما ذكره الكرخي قال صاحب الهداية وكان ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة
وبه صرح في المحيط وفي المجرد هو الاصح وما يعلم بالنموذج بفتح النون مثال الشيء والانموذج لحن كذا في القاموس
كالمكيل والموزون فرؤية بعضه كرؤية كله وفيما يطعم لا بد من الذوق ثم السقوط برؤية البعض في المكيل اذا كان
في وعاء واحد اما اذا كان في وعائين او اكثر اختلفوا فمشايخ العراق على ان رؤية احدهما كرؤية الكل ومشايخ
بلخ لا يكتفي بل لا بد من رؤية كل وعاء والصحيح انه يبطل برؤية البعض لانه يعرف حال الباقي هذا اذا ظهر ان ما
في الوعاء الآخر مثله او اجود اما اذا كان اردى فهو على خياره وان كان مما يتفاوت آحاده كالبطاطيخ والرمان
فلا يكفي رؤية بعضها في سقوط خياره في الباقي ولو قال رضيت واسقطت خياري في شرى الرحا بالآنية لا بد
من رؤية الكل وكذا السرج باداته ولبده لا بد من رؤية الكل ونظر الوكيل الى المبيع مكشوفا بالشراء وهو من يقول له
الموكل كن وكيلا عني بشراء كذا او القبض بان يقول له كن وكيلا عني بقبض ما اشتريته وما رأيته لا نظر الرسول
وهو من يقول له المشتري قل لفلان يدفع اليك المبيع او انت رسولي اليه في قبضه او ارسلتك لقبضه او
امرتك بقبضه وعلى هذا اذا قال اذهب فاقبضه يكون رسولا لا وكيلا لانه من مصداقات امرتك فرؤية الوكيل
بالشراء تسقط الخيار بالاجماع واما رؤية الوكيل بالقبض فيسقطه عنده اذا قبض ناظرا اليه فليس له ولا للموكل
ان يرده الا بعيب فلا يكون نظر الرسول كنظر الرسيل وعندهما هو اي الرسول كالوكيل بغير ان الرسول
كالوكيل بالقبض في ان الموكل الذي له الخيار ما قبضه وكيله بالقبض كما يرد ما قبضه رسوله لهما انه قبل الوكالة بالقبض
دون اسقاط الخيار فلا يملك ما يتوكل به واذا لم يملكه لا يثبت وصار كخيار العيب والشرط بان اشترى معيبا لم ير
عيبه ثم وكل بقبضه فقبضه الوكيل لا يسقط خيار الشرط وله ان القبض على نوعين قبض تام وهو ان يقبضه وهو
يراه واما كان هذا قبضا تاما لان خيار الرؤية يبطل بهذا القبض وبقاء خيار الرؤية يمنع تمام القبض فلما بطل
القبض من المشتري كان هذا القبض تاما وناقص مستورا ثم الموكل ملك القبض بنوعيه فكذا وكيله لاطلاق التوكيل
بخلاف خيار العيب لانه يثبت مع تمام الصفقة لانه لم يشرع لتتميم القبض بل التسليم الجزء الفائت فيتم القبض
مع بقاء الخيار ولذا كان له ان يرد المعيب وحده فيما اذا اشترى شيئين وبخلاف خيار الشرط لان القبض
التام لا يحصل بخيار الشرط لان وجوده يجيز الفسخ فلا يتم القبض مع ذلك كخيار الرؤية بعينه ولئن سلم انه لا يبطل
بالقبض التام وهو الاصح فالموكل لا يملك التام منه اذا فرضنا ان التام لا يكون معه خيار الفسخ فلا يملكه الوكيل بخلاف
الرسول بالبيع والشراء فانه لا يملك شيئا من القبض لا التام ولا الناقص لانه لم يؤمر بالقبض بل باداء الرسالة
وكذا لا يملك التسليم ايضا وبيع الاعمى وشراؤه صحيح باتفاق الائمة الثلاثة وقال الشافعي لا يجوز الا في السلم وله
الخيار ان اشترى لانه اشترى ما لم يره ويسقط خياره بجس المبيع لجنس بالجيم اللمس باليد ان فيما يعرف بالجس
كالشاة والثوب او شمه فيما يشم او ذوقه فيما يذاق ولذا قال فيما يعرف بذلك قال في الهداية كما في البصير
يعني ان البصير اذا لم ير المبيع لكن شمه وهو مما يعرف بالشم كالمسك ونحوه فرضي به ثم رآه فلا خيار له وبوصف

العقار له يعني لا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له في جامع العتابي هو ان يوقف في مكان لو كان بصيرا لرآه ثم يذكر له صفته ولا يخفى ان ايقافه في ذلك المكان ليس بشرط في صحة الوصف وسقوط الخيار به فلذا لم يذكر في المبسوط واكتفى بذكر الوصف لان الوصف اقيم مقام الرؤية كما في السلم ومن انكره الكرخي وقال وقوفه في ذلك الموضع وغيره سواء في انه لا يستفيد به علما وقال مشايخ بلخ يمس الحيطان والاشجار فاذا قال رضيت تسقط خياره وهو رواية بشر وابن سماعة في الدار وفي رواية هشام عن محمد انه يعتبر الوصف مع كل من الذوق واللمس والشم لان التعريف الكامل في حقه يثبت بهذا الا فيما لا يمكن جسه كالثمر على رؤس الشجر يعتبر فيه الوصف لا غير في اشهر الروايات وهو المروي عن ابي يوسف ومحمد وقال الحسن يوكل وكيلا يقبضه وهو يراه فيسقط بذلك خياره قال صاحب الهداية وهذا اشبه بقول ابي حنيفة رح حيث جعل رؤية الوكيل رؤية الموكل ولو وصف للاعمى ثم ابصر لا خيار له لانه سقط فلا يعود الا بسبب جديد ولو اشترى البصير ثم عمي انتقل الخيار الى الوصف ومن رأى احد الثوبين فاشتراهما معا ثم رأى الآخر فله اخذهما او ردهما لا رد احدهما لان رؤية احدهما ليست رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فيبقى الخيار فيما لم يره فله رده بحكم الخيار ثم لا يتمكن من رده فيردهما ان شاء كيلا يكون تفريقا للصفقة على البايع قبل التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده كخيار الشرط بدليل ان له ان يفسخه بغير قضاء ولا رضاء فيكون فسخا من الاصل لعدم تحقق الرضى قبله لعدم العلم بصفات المبيع فان قيل ما الفرق بين هذا وبين ما اذا استحق احدهما لا يرد الباقي وهما في خيار الشرط يرد الآخر ان رد احدهما بعد القبض اجيب بان رد احدهما في خيار الرؤية والشرط يوجب تفريق الصفقة قبل التمام لما علم ان الصفقة لا تتم معهما وفي الاستحقاق لو رد كان بعد التمام لان الصفقة تمت فيما كان ملك البايع ظاهرا فلم يثبت في الباقي عيب الشركة حتى لو كان المبيع عبدا واحدا فاستحق بعضه كان له ان يرد الباقي ايضا كما في خيار الرؤية والشرط لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض بهذا العيب في فصل الاستحقاق ولو قبض احدهما ولم يقبض الآخر ثم استحق احدهما له الخيار لتفرقها قبل التمام ولو كان المبيع مكيلا او موزونا فاستحق بعضه بعد القبض لا يخير لان الشركة ليست بعيب فيه ولو استحق قبل القبض يخير لتفرق الصفقة قبل التمام ومن رأى شيئا ثم شراه بعد مدة فوجده متغيرا عن الحالة التي كان رآه عليها يخير لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكانت رؤيته وعدمها سواء والا اي وان لم يوجد بل الصفة التي رآها عليها فلا يخير لان العلم باوصافه حاصل له بالرؤية السابقة فلم يثبت ولقوله عم من اشترى ما لم يره فله الخيار اذا رآه لانه باطلاقه يتناول الرؤية عند العقد وقبله الا اذا كان المشتري لا يعلم المبيع كان قد رآه فيما مضى كان رأى جارية ثم اشترى جارية متنقبة لا يعلم انها التي كان رآها ثم ظهرت اياها فان له الخيار لعدم ما يوجب الحكم عليه بالرضى او رأى ثوبا فلف في ثوب وبيع فاشتراه وهو لا يعلم انه ذلك فان اختلفا في تغيره فقال البايع لم يتغير وقال المشتري تغير فالقول للبايع لان دعوى التغير بعد ظهور سبب لزوم العقد وهو رؤية ما يدل على المقصود من المبيع دعوى امر حادث بعده والاصل عدمه فلا يقبل الا ببينة قال صاحب الهداية الا اذا بعدت المدة وهو استثناء عن قوله القول للبايع اي الا في صورة ما اذا طالت المدة على ما قال المشايخ لان الظاهر شاهد للمشتري اذ الظاهر انه لا يبقى الشيء في دار التغير وهي الدنيا زمانا طويلا لم يطرقه تغير قال محمد رح ارأيت لو رأى جارية ثم اشتراها بعد عشر سنين او عشرين سنة وقال تغيرت لا يصدق بل يصدق لان الظاهر شاهد له قال شمس الائمة وبه افتى الصدر الشهيد والامام المرغيناني فيقول

ان كان لا يتفاوت في تلك المدة غالبا فالقول للمشتري مسألة لو رأى دابة او مملوكا فاشتراه بعد شهر وقال تغيرت فالقول للبايع لان الشهر في مثله قليل وان اختلفا في الرؤية فقال البايع رأيته وقال المشتري لم اره فللمشتري اي فالقول للمشتري مع يمينه لان البايع يدعي امرا عارضا هو العلم بصفته والمشتري ينكره فالقول للمنكر مع يمينه وكذا لو اراد ان يرده فقال البايع ليس هذا الذي بعتكه وقال المشتري بل هو فالقول للمشتري سواء كان ذلك في بيع بات او فيه خيار الشرط والرؤية بخلاف ما اذا كان له خيار العيب فان القول للبايع في انه غير المبيع مع يمينه ومن اشترى عدل زطي فباع منه ثوبا او وهب وسلم فليس له ان يرده بعيب لا بخيار رؤية او شرط لانه تعذر الرد فيما اخرجه عن ملكه فلو رد الباقي فقط كان تفريقا للصفقة على البايع قبل التمام لما ان قيام خيار الرؤية والشرط يمنع تمامها وان كان بعد القبض بخلاف خيار العيب فان الصفقة تتم معه بعد القبض وفيه وضع المسئلة لانها لو لم تكن مقيدة بالقبض لم يصح تصويرها اذ لا يصح بيع ما لم يقبض وهبته ثم لو عاد الثوب الذي باعه من العدل او وهبه الى المشتري بسبب هو فسخ محض كالرد بخيار الرؤية او الشرط او العيب بالقضاء او الرجوع في الهبة فالمشتري للعدل على خياره فله ان يرد الكل بخيار الرؤية لارتفاع المانع من الاصل وهو تفريق الصفقة كذا ذكره شمس الائمة السرخسي وعن ابي يوسف وهو رواية علي بن الجعد عنه ان خيار الرؤية لا يعود لان الساقط لا يعود كخيار الشرط الا بسبب جديد وصححه قاضيخان وعليه اعتماد القدوري وحقيقة الخط مختلف فشمس الائمة لحظ البيع والهبة مانعا زال فيعمل المقتضي وهو خيار الرؤية عمله ولحظ على هذه الرواية مسقطا واذا سقط لا يعود بلا سبب وهذا اوجه لان نفس هذه التصرف يدل على الرضى ويبطل الخيار قبل الرؤية وبعدها الكل من فتح القدير

فصل في خيار العيب

والعيب ما يخلو عنه الفطرة السليمة مما يعد به ناقصا مطلق البيع يقتضي سلامة المبيع لما كانت السلامة هي الجبلية الاصلية في المخلوق انصرف مطلق العقد اليها فلان العاقد انما يقصد الى ما هو متحقق من كل وجه لان دفع الحاجة على التمام به يكون والناقص معدوم من وجه فلا ينصرف اليه الا بذكره وتعيينه ولما كان المقصود السالم هو الغالب صار كالمشروط فيتخير عند فقده كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى ولذا قال فلمن وجد في مشريه عيبا كان عند البايع ولم يره المشتري عند العقد ولا عند القبض ولم يوجد منه ما يدل على الرضى به بعد العلم به او رآه الا انه لم يكن عيبا بينا لا يخفى على الناس ثم علم انه عيب كما في المحيط رده او اخذه بكل ثمنه لا امساكه ونقص ثمنه الا برضى بايعه وقال الشافعي له امساكه واخذ نقصان العيب خلافا لاحمد لان الخيار يثبت لدفع الضرر عن المشتري ولا يتحقق على وجه يوجب ضررا على الآخر من غير التزام له لانه حين باعه بالمسمى لم يرض بزواله عن ملكه الا به وان كان معيبا اذ الظاهر معرفته بالعيب قال صاحب الهداية في تعليل عدم نقصان الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بمجرد العقد فقوله بمجرد العقد احتراز عما اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة كما لو ضرب البايع المبيع فتعيبت فان الوصف ح يفرد بالضمان ويتخير المشتري وكذا اذا قطع البايع يد المبيع قبل القبض فانه يسقط نصف الثمن لانه صار مقصودا بالتناول او حكما بان امتنع الرد لحق البايع كان تعيب عند المشتري بعيب آخر او لحق الشرع بان جنى جناية ولذا قلنا ان من اشترى بقرة فحلبها وشرب لبنها ثم ظهر له عيب لا يردها لان تلك الزيادة التي اتلفها جزء مبيع لانها تبع محض ولو صالح المشتري البايع عن حق الرد بالعيب على مال يجوز وبه قال مالك والشافعي في وجه وفي وجه لا يجوز والاتفاق على عدمه في خيار الشرط والرؤية وكل ما اوجب نقصان الثمن عند التجار فهو عيب وهذا ضابط العيب الذي يرد به وهذا لان ثبوت الرد بالعيب لتضرر المشتري وما يوجب نقصان الثمن يتضرر به والمرجع في كونه

عيبا ام لا لاهل الخبرة بذلك وهو النجار وارباب الصنايع ان كان المبيع من المصنوعات وبهذا قالت الائمة
الثلاثة وسواء كان ينفصل العين او لا ينقصها ولا ينقص منافعها بل بمجرد النظر اليها كالظفر الاسود الصحيح
القوي على العمل كما في جارية تركية لا تعرف لسان الترك كذا في فتح القدير والاباق لغة الاستخفاء وشرعا
استخفاء العبد عن المولى تمردا ويدخل فيه المستاجر والمستعير والمستودع ولو للوصل الى ما دون السفر من صغير
يعقل عيب يرد به اذا وجد في يد المشتري بعد ما وجد في يد البايع وكذا السرقة والبول في الفراش قيد الصغير
بالعاقل لتعيينا المراد به وهو ان شيئا من هذه الامور اذا وجد عند البايع والمشتري من صغير عاقل يرد به
واما الصغير الغير العاقل اذا فقد فهو ضال لا آبق وكذا لا يكون بوله وسرقته عيبا قال في الايضاح السرقة والبول
في الفراش قبل ان ياكل ويشرب وحده ليس بعيب لانه لا يعقل ما يفعل وبعد ذلك عيب ما دام صغيرا وكذا
روى ابو يوسف في الامالي عن ابي حنيفة وفي بعض المواضع ويستنجي وحده وما قدر به في الحضانة اقتضى ان
يكون ابن سبع سنين اذا صدر منه ذلك يرد به لانهم قدروا الذي ياكل وحده الى آخره بذلك لكن وقع
التصريح في غير موضع بتقديره بما دون خمس سنين فهي اي الاباق والسرقة والبول في الفراش في الكبر عيب
آخر لا يرد به لما ان التعيب عند المشتري مانع من الرد فلو ابق او سرق او بال في صغره ثم عاوده عند المشتري فيه
اي في الصغر رد به لظهور العيب القديم وان عاوده عنده اي عند المشتري بعد البلوغ لا يرد لان الاباق
في الصغر لحب اللعب والسرقة في الصغر لقلة المبالاة وهما بعد الكبر لخبث في الباطن والبول في الفراش للصغير
لضعف المثانة وبعد الكبر لداء في الباطن فاذا اختلف سببها بعد البلوغ وقبله كان الموجود منها قبله غيره
فلا يرد به لانه عيب حادث عنده بخلاف ما اذا ظهرت عند البايع والمشتري في الصغر او ظهرت عندهما بعد البلوغ
فان له ان يرده بها والجنون عيب مطلقا فلو جن في صغره في يد البايع وعاوده عند المشتري فيه اي في الصغر
او في كبره رد به لانه عين الاول لان سبب الجنون في الصغر والكبر متحد وهو فساد باطن الدماغ واعلم ان العقل
معدنه القلب وشعاعه الى الدماغ والجنون انقطاع ذلك الشعاع بيبس الدماغ كذا في النهاية وان
طعن المشتري باباق او جنون ولا يعلم القاضي ذلك فانه لا يستحلف البايع حتى يشهد شاهدان انه
ابق عند المشتري او جن واما اذا ولدت الجارية عند البايع لا من البايع او عند آخر فانها ترد على الصحيح وان
لم تلد ثانيا عند المشتري لان الولادة عيب لازم لان الضعف الذي حصل بالولادة لا يزول ابدا وعليه الفتوى
وتكلموا في مقدار الجنون قيل هو عيب وان كان ساعة وقيل ان كان اكثر من يوم وليلة فما دونه ليس بعيب وقيل المطبق
عيب وما ليس ليس بعيب والسرقة وان كان اقل من عشرة دراهم عيب وقيل ما دون الدرهم ليس عيبا والعيب
في السرقة لا فرق فيه بين كونه من المولى او من غيره الا في المأكولات فان سرقها لاجل الاكل من المولى ليس عيبا ومن
غيره عيب ونقب البيت عيب وان لم يسرق منه والاباق ما دون السفر عيب بلا خلاف ولو ابق من محلة الى محلة
لا يكون عيبا ومن القرية الى المصر اباق وكذا على العكس ولو ابق من غاصبه الى المولى فليس بعيب ولو ابق منه ولم
يرجع الى المولى ولا الى الغاصب فان كان يعرف منزل مولاه ويقوى على الرجوع فهو عيب وان لم يعرفه او لا يقدر فلا
والبخر بفتحتين الباء الموحدة والخاء المعجمة نتن الفم والذفر بفتحتين الذال المعجمة والفاء نتن الابط والزنا والتولد منه اي من الزنا
كل من هذه الاربعة عيب في الجارية لان الجارية قد يراد منها الاستفراش وهذه المعاني تمنع منه فكانت عيبا لا في
الغلام فانه للاستخدام خارج البيت وهذه ليست مانعة منه فلا تعد عيبا الا ان يكون البخر والذفر من داء

فيكون

فيكون عيبا في الغلام ايضا لان الداء عيب وفي فتاوى قاضي خان الا ان يكون فاحشا لا يكون مثله في عامة
الناس فيكون عيبا وعن ابي حنيفة رح الذفر ليس عيبا في الجارية الا ان يفحش فيكون عيبا فيما دونه وقيل ان
كان العبد امرد يكون البخر عيبا به والصحيح انه لا فرق بين كونه امرد وغيره ثم لو صار الزنا عادة في الغلام عد عيبا
على ما قال المشايخ لان اتباعهن يخل بالخدمة اذ كلما وجد لحاجة اتبع هواه وقال قاضي خان لو كان الزنا منه مرارا كان
عيبا لانه يضعفه عن بعض الاعمال ويزداد بالحدود ضعفا في نفسه ثم بل كفى في عرضه وربما يؤذن به عرض سيده
ومن العيوب عدم الختان في الغلام والجارية المولدين البالغين بخلافهما في الصغيرين وفي الجليب من دار
الحرب لا يكون عيبا مطلقا كذا في فتح القدير وذكر الزاهدي ان ترك الصلوة وغيره من الذنوب عيب كذا في القهستاني
والاستحاضة عيب وكذا عدم حيض بنت سبع عشرة سنة لا اقل لان انقطاع الحيض في اوانه واستمراره
علامة الداء فكان الانقطاع والاستمرار دليلا على الداء والداء عيب فيها بالداء وقال بعضهم اذا اراد ان يرد
بعيب الانقطاع فلا يدعي الانقطاع بل ينبغي ان يدعي باحد السببين من الحبل او الداء حتى تسمع دعواه
لان الانقطاع بدونهما لا يعد عيبا والمرجع في الحبل الى قول النساء وفي الداء الى قول الاطباء ولا يثبت
العيب بقول الاطباء حتى لا تسمع الخصومة من البايع الا ان يتفق منهم عدلان بخلاف العيب الذي لا يطلع
عليه الا النساء فانه يقبل في توجه الخصومة قول امرأة واحدة وكذا في الحبل وفي الكافي نص على انه لا اكتفاء في المرض
الباطن بقول طبيب عدل ولا يشترط العدد ولفظ الشهادة وهكذا نص عليه الشيخ ابو المعين في شرح
الجامع الكبير وهو اوجه لانه لتوجه الخصومة لا للرد وفي التحفة اذا كان العيب باطنا لا يعرفه الا الخواص كالاطباء
والنخاسين فان اجتمع عليه مسلمان او قال له مسلم عدل قبل ويثبت العيب فان قال نعم قضى عليه
بالرد وان انكر ولا بينة عليه استحلف ثم يعتبر في الارتفاع الموجب للعيب اقصى غاية البلوغ وهو ان يكون
سنها سبع عشرة سنة عند ابي حنيفة رح ويعرف ذلك الارتفاع والاستمرار بقول الامة لانه لا طريق له الا ذلك
فترد الامة الى البايع اذا انضم اليه اي الى قولها نكول البايع اذا استحلف قبل القبض وبعده قوله هو
الصحيح احتراز عما روي عن ابي يوسف انها ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة وعما روي عن
محمد اذا كانت الخصومة قبل القبض يفسخ بقول النساء وجه الصحيح ان شهادتهن حجة ضعيفة فلا يحكم بها الا بمؤيد
وهو نكول البايع ثم ذكر في النهاية في صفة الخصومة في ذلك ان المشتري اذا ادعى انقطاع الحيض فالقاضي يسأله
عن مدة الانقطاع فان ذكر مدة قصيرة لا تسمع دعواه وان ذكر مدة مديدة سمعت والمديدة روي عن ابي يوسف
مقدرة بثلاثة اشهر وعن محمد باربعة اشهر فان كان القاضي مجتهدا اخذ بما ادى اليه اجتهاده والا اخذ بما اتفق
عليه اصحابنا وهو سنتان واذا سمع الدعوى يسأل البايع اهي كما يدعي المشتري فان قال نعم ردها على البايع
بالتماس المشتري وان قال هي كذلك للحال وما كانت كذلك عندي توجهت الخصومة على البايع لتصادقهما
على قيامها للحال فان طلب المشتري يمين البايع يحلف البايع فان حلف برئ وان نكل ردت عليه وان شهد
وتقبل على الاستحاضة لانها مما يمكن الاطلاع عليه ولا يمكن على الانقطاع صح
للمشتري شهود لا تقبل شهادتهم على الانقطاع الذي يعد عيبا ههنا وان انكر البايع الانقطاع في الحال
هل يستحلف عند ابي حنيفة لا وعندهما يستحلف وذكر في فتاوى قاضي خان من اشترى جارية فقبضها فلم تحض
عند المشتري شهرا او اربعين يوما قال الفقيه الامام ارتفاع الحيض عيب وادناه شهر واحد اذا ارتفع هذا
القدر عند المشتري كان له ان يرده اذا ثبت انه كان عند البايع ايضا وهذا كما ترى لا يشترط ثلاثة اشهر

ولا اكثر وينبغي ان يقول عليه وما تقدم خلاف بينهم في استبراء ممتدة الطهر فعند ابي حنيفة وهو قول زفر سنتان
وعند ابي يوسف ثلاثة اشهر وهو قول لابي حنيفة وعنه وهو قول محمد اربعة اشهر وعشر وفي رواية عن محمد شهران
وخمسة ايام وعليه الفتوى والرواية هناك ليست واردة الحكم هناك يستدعي ذلك الاعتبار فان الوطء ممنوع شرعا
الى الحيضة لاحتمال الحبل فيكون ساقيا زرع غيره فقدره ابي حنيفة وزفر بسنتين لانه اكثر مدة الحبل فاذا مضت ظهر
انتفاؤه فيجاز وطئها وهو اقيس وقدره محمد وابو حنيفة في رواية باربعة اشهر وعشر لانها اعتبرت بمدة المتوفى عنها
زوجها ولان فيها يظهر الحبل غالبا لو كانت حاملا وقدره ابو يوسف بثلاثة اشهر لانها جعلت عدة التي لا تحيض
والحكم هنا ليس الا كون الامتداد عيبا فلا يتجه اناطته بسنتين او غيرها من المدد لان كونه عيبا باعتبار كونه
يؤدي الى الداء وطريقا اليه وذلك لا يتوقف على مضي مدة معينة مما ذكر وبما ذكرنا ظهر انه لا يحتاج في دعوى الداء الى
تعيين انه عن حبل او داء في الدعوى فان كونه عيبا باعتبار كونه مفضيا الى الداء لا لكونه عن داء يتقدم عليه فلهذا
لم يتعرض الفقيه وقاضيخان مما ذكر من تعيين كونها الانقطاع عن احدهما بل اذا ادعى الانقطاع في اوانه فقد ادعى العيب
ويكفي شهر واحد فان به يتحقق الانقطاع في انه هو العيب لانه وان كان في الواقع مسببا عن داء فهو عيب او
طريق اليه فلذلك يكفي في الخصومة ادعاء ارتفاعه فقط وهو الذي يجب ان يعول عليه والا فقلما يظهر للطبيب داء
بممتدة الطهر وكثيرا ما يكون الممتد طهرها شهرين وثلاثة صحيحة لا يظهر بها داء وهذا هو ظاهر الهداية الا ترى قوله
ويعرف ذلك بقول الامة ولذا قال الامام العتابي وغيره انما يعرف ذلك عند المنازعة بقول الامة لانه لا يقف
على ذلك غيرها فلو كان اعتقاده لزوم دعوى الداء والحبل في دعوى عيب الانقطاع لم يقتصروا ان يثبت بقولها مع
توجه اليمين على البائع بل لا يرجع الا الى قول الاطباء او النساء فظهر ان ما ذكر في النهاية من لزوم دعوى الداء والحبل
في دعوى انقطاع الحيض ثم انه يحتاج في توجه الخصومة الى قول الاطباء والنساء ليس تقرير ما في الهداية بل ما ذكره
مشايخ آخرون يغلب على الظن خطاؤهم وترتيب الخصومة على ما في الهداية وقاضيخان والعتابي وهو ما صححنا
ان يدعي الانقطاع في الحال ووجوده عند البائع فان اعترف البائع بهما ردت عليه وان انكر وجوده عنده واعترف
بالانقطاع في الحال استخبرت الجارية فان ذكرت انها منقطعة اتجهت الخصومة فيحلفه بالله ما وجد عنده فان نكل
ردت عليه لكل من فتح القدير والكفر عيب فيهما اي في الغلام والجارية لان طبع المسلم ينفر عن صحبة الكافر
للعداوة الدينية كالتحاذي والوضوء وحمل المصحف اليه بمكان الى مكان ولا يقدر على اعتاقه عن كفارة قتل فيقل
رغبته والوجه هو الاول ولذا قلنا انه لو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرده لانه زائل العيب وكذا الثيب اي النكاح
والدين عيب في كل منهما وقد ولته المعيب بعد رؤية العيب وركوبه رضي يعني من اشترى جارية فوجد بها قرحا
ونحوه من مرض او عرض فداواها او كانت دابة فركبها في حاجة نفسه فهو رضي لان ذلك دليل قصد الاستبقاء
بخلاف خيار الشرط اذا ركب فيه مرة لحاجة نفسه او لبس الثوب مرة لا يكون مسقطا للخيار لان ذلك الخيار للاختبار
وهو بالاستعمال ولا يكون لحاجته مرة او الاستخدام مرة مسقطا له الاصل في جنس هذه المسائل ان كل تصرف
من المشتري يدل على الرضى بالعيب بعد العلم به يمنع الرد فمن ذلك العرض على البيع اما النكاح في الجارية فلانه يمنع
الاستفراش وفي الغلام لكون رقبته مشغولة بالنفقة والمهر واما الدين فيهما فلكون ماليتهما مشغولة بحق الغير
والسعال القديم عيب اذا كان عن داء واما القدر المعتاد فيه فلا والشعر والماء في العين عيب فيهما لانهما
يضعفان البصر ومن العيوب كثرة الخيلان والسن الساقط ضرسا او غيره وسواده وسواد الظفر والعسر وهو ان

يعمل

يعمل بيساره ولا يستطيع العمل بيمينه بخلاف اعسر يسر وهو ان يعمل بهما فانه زيادة حسن والرتق والقرن والتخنث قيل
اذا فحش او كان يأتي بافعال ردية والحمق وكونها مغنية وشرب الغلام وترك الصلوة وغيره من الذنوب وقلة الاكل
من البقرة ونحوها وكثرته في الانسان وقيل في الجارية عيب لا الغلام ولا شك انه لا فرق اذا فرط وعدم الميل في الدار والشرب
للارض وكذا ارتفاعها بحيث لا تسقي الا بالكر والعثار في الدواب اذا كان فاحشا وكذا اكل العذرة والجموح وكثرة
التراب في الحنطة يرد به بخلاف ما اذا كان معتادا والبطيخ يميز التراب ويرجع بحصته وكذا لو اشترى خفا او مكعبا
فلبس فلم يدخل رجله فيه فهو عيب كذا في فتح القدير فان ظهر عند المشتري عيب او غيرها قديم بان وجد ذلك عند
البائع بعد ما حدث عند المشتري عيب آخر جديد بفعل المشتري او بفعل الاجنبي او بآفة سماوية كما في العمادية
رجع المشتري على البائع بالنقصان وفي المنية لو زال العيب الجديد بعد الرجوع به جاز رد المعيب مع بدل النقصان
خلافا للمرغيناني ومال الترجماني الى الرد اذا كان بدل النقصان قائما والا فلا كذا في القهستاني كثوب شراه فقطعه
فاطلع على عيب وليس له اي للمشتري الرد لان الرد اضرار بالبائع لانه خرج عن ملكه سالما فلو لزمناه به معيبا تضرر
ولا بد من دفع الضرر عن المشتري فتعين الرجوع بالنقصان الا ان يرضى البائع باخذه اي المبيع كذلك معيبا
بالعيب الحادث عند المشتري فله اي للبائع ذلك اي الاخذ برضاه معيبا لانه رضي بالضرر الا ان يمنع اخذه
اياه لحق الشرع بان كان المبيع عصيرا فتخمر عند المشتري ثم اطلع على عيب فانه لا يمكن للبائع اخذه بعيبه لما فيه
من تمليك الخمر وتملكها ومنعهما من ذلك حق الشرع فلا يسقط بتراضيهما على هذا كما لو تراضيا على بيع الخمر وشربها
فان قلت قد تقدم ان الاوصاف لا حصة لها من الثمن بانفرادها اجيب بانها اعتبرت اصولا ضرورة جبر
حق المشتري والا لهدر كما صيرت اصولا بالقصد من اتلافها ويعرف النقصان بان يقوم العبد بلا عيب ثم
يقوم مع العيب فان كان التفاوت بينهما مقدار عشر القيمة رجع بعشر الثمن وان كان اقل او اكثر فعلى هذا
الطريق ثم الرجوع بالنقصان اذا لم يمتنع الرد بفعل مضمون من جهة المشتري اما اذا كان بفعل من جهته كذلك
قبل البيع او بعده ثم اطلع على عيب فليس له الرجوع كما اشار اليه بقوله حتى لو باعه المشتري سقط رجوعه اي رجوع
المشتري بالنقصان لان الرد غير ممتنع برضى البائع فيصير المشتري حابسا المبيع فلا يرجع بالنقصان فان
خاط المشتري الثوب او صبغه او لت السويق بسمن ثم ظهر عيبه رجع المشتري بنقصانه لانه امتنع الرد
بسبب الزيادة المتصلة فلا وجه للفسخ في الاصل اعني الثوب بدونها كالصبغ مثلا والخياطة والسمن لانه لا ينفك
عنه ولا الى الفسخ معها لان الزيادة ليست مبيعة والفسخ لا يرد على غير المبيع لانه رفع ما كان من المبيع والثمن على
ما كان فلو رده على الزيادة لزم الربوا وليس لبايعه ان يأخذه وان رضي المشتري بترك الزيادة لان الامتناع
لم يتمحض لحقه بل لحقه وحق الشرع وهو لزوم الربوا ورضاه باسقاط حقه لا يتعدى الى حق الشرع حتى لو باعه المشتري
بعد رؤية عيبه لا يسقط الرجوع لان الرد لما امتنع لم يكن المشتري ببيعه حابسا له عن البائع وعلى هذا الاصل
قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان لان التمليك
من الابن الصغير حصل بمجرد القطع للغرض المذكور قبل الخياطة مسلما اليه وهو نائبه في التسليم فصار به
حابسا للمبيع مع امكان الرد والخياطة بعد ذلك وجودها وعدمها سواء فلا يرجع بالنقصان ولو كان
الولد كبيرا والباقي بحاله رجع بالنقصان لانه لم يصر مسلما اليه الا بعد الخياطة فكانت الخياطة على ملكه
فكان امتناع الرجوع بسبب الزيادة التي هي الخياطة قبل اخراجه عن ملكه فبعد ذلك لا يتفاوت الحال بين ان

يخرجه عن ملكه بالبيع او الهبة اولا في جواز الرجوع بالنقصان وهذا معنى ما في الفوائد الظهيرية من ان الاصل في جنس
هذه المسائل ان كل موضع يكون المبيع قائماً على ملكه ولا يمكنه الرد وان رضي البايع فاخرجه عن ملكه يرجع بالنقصان
انتهى وهذا اصل آخر في الزيادة اللاحقة بالمبيع متصلة ومنفصلة وكل منهما ضربان فالمتصلة غير متولدة من المبيع كالصبغ
والخياطة واللت بالسمن والغرس والبناء وهي تمنع الرد بالعيب بالاتفاق خلافاً للشافعي واحمد ولو قال البايع
انا اقبله كذلك ورضي المشتري لا يجوز لما ذكرنا من حق الشرع للربوا ومن المتصلة غير المتولدة ما لو كان حنطة فطحنها
او لحما فشواه او دقيقاً فخبزه فلو باعه بعد ذلك يرجع بالنقصان لانه ليس بحابس للمبيع بل امتنع قبل البيع
لحق الشرع والمتولدة من الاصل كالسمن والجمال وانجلاء بياض العين وهي لا تمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية
لان الزيادة تمحضت تبعاً للاصل بتولدها منه مع عدم انفصالها فكان الفسخ لم يرد على زيادة اصلاً والمنفصلة المتولدة
منه كالولد واللبن والثمر في بيع الشجر والارش والعقر وهي تمنع الرد لتعذر الفسخ عليها لان العقد لم يرد عليها
ولا يمكن التبعية للانفصال فيكون المشتري بالخيار قبل القبض ان شاء ردهما وان شاء رضي بهما بجميع الثمن
واما بعد القبض فيرد المبيع خاصة لكن بحصته من الثمن فان اعتق المشتري المبيع بلا مال او دبر او استولد ثم ظهر
العيب القديم رجع بالنقصان على البايع والقياس في العتق ان لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل
وفي الاستحسان يرجع وهو قول الشافعي واحمد لان العتق انهاء للملك لان الآدمي ما خلق في الاصل للملك
وانما اثبت الملك فيه على سبيل موقتاً الى الاعتاق فثبت انه انهاء للملك فصار كالموت والتدبير والاستيلاد بمنزلته
فانهما وان لم يزيلا الملك كما يزيله الاعتاق الا انه يتعذر معهما النقل من ملك الى ملك وبذلك يتقرر الرد وكذا ان
ظهر العيب بعد موت المشتري كما مر وان اعتق المشتري العبد على مال وكذا لو كاتبه لان المشتري حبس بدله لحبس
المبدل او قتل لا يرجع بشيء عنده في ظاهر الرواية وعن اصحابنا وعن ابي يوسف انه يرجع وذكر صاحب الينابيع
ان محمداً معه وهو قول الشافعي واحمد لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوي من قصاص او دية فكان
كالموت حتف انفه وانما يتعلق به حكم الآخرة من استحقاق العقاب اذا كان بغير حق ووجه الظاهر ان القتل
لا يوجد الا مضموناً وانما سقط الضمان من المولى بسبب الملك ولذا لو باشره في غير ملكه كان مضموناً ولما سقط الضمان
عن المولى كان كالمستفيد بالعبد عوضاً هو سلامة نفسه ان كان عمداً وسلامة الدية للمولى ان كان خطأ فكان
كانه باعه وكذا لو اكل المشتري الطعام كله او بعضه ولبس الثوب فتخرق لا يرجع خلافاً لهما اما في الاكل فعندهما
يرجع وبه قال الشافعي واحمد وفي الخلافية عليه الفتوى وبه اخذ الطحاوي وعنده لا يرجع استحساناً وعلى هذا الخلاف
اذا لبس الثوب حتى تخرق ثم اطلع على عيب عنده لا يرجع وعندهما يرجع لهما انه صنع بالمبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد
فعله فيه من الاكل واللبس حتى انتهى الملك به فكان كالاعتاق بخلاف القتل والاحراق من الاستهلاك ليس معتاداً ولا
غرضاً من الشراء مقصوداً به وله انه اتلفه بفعل مضمون لو وجد في غير ملكه غير انما انتفى الضمان لملكه فكان كالمستفيد
به عوضاً كالقتل فلا يرجع وفي المجتبى عن جمع البخاري ان اكل بعض الطعام يرجع بنقصان عيبه ويرد ما بقي وبه
يفتى ولو اطعمه ابنه الصغير او الكبير او امرأته او مكاتبه او ضيفه لا يرجع بشيء ولو اطعمه عبده او مدبره او ام ولده
يرجع لان ملكه باق ولو اشترى دقيقاً فخبز بعضه وظهر انه مر رد ما بقي ورجع بنقصان ما خبز هو المختار ولو كان
سمناً ذائباً فاكله ثم اقر البايع انه كان وقع فيه فارة رجع بالنقصان عندهما وبه يفتى وفي الكفاية كل تصرف
يسقط خيار الشرط يسقط خيار العيب اذا وجده في ملكه بعد العلم بالعيب ولا رد ولا ارش لانه كالرضى به

الكل من

الكل من فتح القدير وان اشترى بيضاً او جوزاً او بطيخاً او قثاء او خياراً او قرعاً او فاكهة فكسره غير عالم
بالعيب فوجده فاسداً فان كان ينتفع به مع فساده بان يأكله الفقراء او يصلح للعلف رجع بنقصانه
لان الكسر عيب حادث عند المشتري فيمتنع الرد فيرجع بالنقصان الا ان يتناول شيئاً منه بعد العلم فلا يرجع
بشيء وكذا قال الحلواني هذا اذا ذاقه فوجده كذلك فتركه فان تناول شيئاً منه بعدما ذاقه لا يرجع بشيء
واما اذا اشترى بيض نعامة فوجدها مذرة ذكر بعض المشايخ في شرح الجامع انه يرجع بنقصان العيب وهذا
يجب ان يكون بلا خلاف لان مالية بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر والا اي وان لم يكن منتفعاً به
كالبيض المذر والقرع المر فبكل اي رجع بكل ثمنه لانه ليس بمال فكان البيع باطلاً بخلاف ما لو كسره عالماً بالعيب
فانه لا يرده ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره بان كان في موضع يعز الحطب وهو مما يشترى للوقود على ما قيل نعم اذا كان
كذلك يرجع بحصة اللب ويصح العقد في قشره بحصته من الثمن لان العقد فيه صادف محله لان مالية الجوز قبل الكسر
ليس الا باعتبار اللب واذا كان اللب لا يصلح له لم يكن محل البيع موجوداً فيظهر ان العقد وقع باطلاً واختاره صاحب
الهداية والبدائع والامام السرخسي وان وجد المشتري البعض فاسداً وهو قليل كالواحد والاثنين في المائة
صح البيع استحساناً لان كثيراً من الجوز والبيض لا يخلو عن قليل فاسد فكان كقليل التراب في الحنطة والشعير
والا اي وان لم يكن الفاسد قليلاً بل كثيراً فسد البيع ورجع بكل ثمنه لانه جمع بين المال وغيره وفي النهاية
المراد بالكثير ما وراء الثلاثة ما زاد على النصف وجعل الفقيه ابو الليث الخمسة والستة في المائة من الجوز معفواً ولو اشترى
عشر جوزات فوجد خمسة خاوية اختلفوا فيه يجوز العقد في الخمسة التي فيها لب بنصف الثمن بالاجماع وقيل العقد
يفسد بالاجماع وقيل العقد فاسد في الكل عند ابي حنيفة وعندهما يصح في الخمسة التي فيها لب بنصف الثمن وهو
الاصح لان هذا بمنزلة الثمن المفصل ~~فيرجع بنصف الثمن وهو الاصح لان~~ عندهما فان الثمن ينقسم
على الاجزاء لا على القيمة ولو اشترى دقيقاً فخبزه بعضه ثم علم انه كان مراً كان له ان يرد الباقي ويرجع بنقصان
ما خبز ولو اشترى حنطة فوجدها ردية لا يردها لان الرداءة ليست بعيب وان وجدها مسوسة او عفنة
كان له ان يردها كذا في قاضيخان ولو اشترى بذر البطيخ فزرع فاذا هو بذر القثاء يرده على بائعه مثله ويأخذ
الثمن وفي فوائد شمس الاسلام لو اشترى بذر البصل وبذر في الارض فلم ينبت قال ان ثبت كه بوسيده
بوده است يرجع بالثمن كذا في الخلاصة ومن باع ما شراه فرد عليه بعيب بقضاء باقرار او نكول او بينة رده على
بايعه يعني من باع عبداً فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فان قبله بقضاء القاضي بسبب اقراره بالعيب انه كان عنده
وجد عند المشتري منه وهو المشتري الثاني او بسبب نكوله عن اليمين على العيب او بينة على ذلك لانكاره العيب
فله ان يرده على بايعه الاول يعني له ان يخاصم الاول ويفعل ما يجب له ان يرده عليه لانه فسخ من الاصل فجعل
البيع كان لم يكن بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد ما باعه بطريق الوكالة بالعيب بالقضاء باحد الامور الثلاثة حيث
يكون رداً على الموكل من غير حاجة الى خصومة ما لرد عليه بالخصومة لان ذلك عند تعدد البيع حتى يكون البيع الاول
قائماً بعد انفساخ البيع الثاني فيحتاج الى الخصومة في الرد وهنا البيع واحد فاذا ارتفع رجع على الموكل من غير
تكلف زيادة ولو قبله المشتري الاول بغير قضاء القاضي بل برضاه لا يرده عليه لان الرد بالتراضي اقالة
وهو بيع جديد في حق الثالث والبايع الاول ثالثهما لان المشتري الاول اشتراه من المشتري الثاني
ولو اشتراه المشتري الاول من المشتري الثاني شيئاً لم يرده على الاول فلا خصومة فكذا هذا وكذا لو كان

على المشتري الاول في الدار شفعة فاسقط الشفيع حقه فيما باعه ثم رد بعيب بالتراضي تجدد للشفيع حق الشفعة
كان المشتري الاول اشترى ثانيا ما باع فلا يكون له حق الخصومة في الرد ولا في الرجوع بالنقصان واعلم ان هذا اذا
رد المشتري الثاني على الاول بعد القبض اما اذا رد قبله فلا فرق بينهما سواء كان الرد بقضاء او بغيره لان الرد
بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل في حق الكل فصار كالرد بخيار الرؤية او بخيار الشرط ثم اذا رد عليه بغير قضاء بعيب
لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة ليس له ان يخاصم البائع وهو الصحيح كذا في الدرر ومن قبض ما شراه ثم ادعى المشتري عيبا
في المبيع وطالب البائع بالثمن لا يجبر على دفع ثمنه لانه انكر وجوب الثمن بدعوى العيب غايته انه انكر قبض عين حقه لان
حقه في السليم ولم يقبضه فما قبضه لم يكن موجبا لدفع الثمن وقد عرفت ان وجوب دفع الثمن عليه اولا ليتعين حق
البائع باداء تعين حق المشتري ولم يتعين لانه السليم وقد انكره فلا يجبر على دفعه ولكن يبرهن المشتري على العيب اي
يحلف من التحليف لا من الحلف بايعه بالله ما به عيب فان قال المشتري شهودي غيب جمع غائب دفع ان حلف بايعه
لان في الانتظار ضررا كثيرا للبائع خصوصا بعد قبض مال البائع على وجه المعاوضة وليس في الدفع كثير ضرر بالمشتري لانه على
حجته اذ له ان يقيم البينة بعد حلفه على العيب ويرد المبيع ويسترد الثمن بخلاف ما لو قال شهودي حضور فان الامهال
بها الى المجلس الثاني ولا ضرر في هذا للبائع فيمهل ولو قال احضر بينتي الى ثلاثة ايام اجلها ثم لا خلاف في قبول البينة
بعد الحلف في مثل ما قال لي بينة غائبة او قال لي بينة حاضرة ثم اتى ببينته تقبل واما اذا قال لا بينة لي فحلف خصمه ثم
اتى ببينة في ادب القاضي تقبل في قول ابي حنيفة وعند محمد لا تقبل ولا يحفظ في هذا رواية عن ابي يوسف وفي الخلاصة
في رواية الحسن عن ابي حنيفة تقبل ولزم العيب ان نكل البائع عن الحلف لان النكول حجة في مثل ثبوت العيب وليس
حجة في الحدود والقصاص بالاجماع وفي الاشياء الستة عند ابي حنيفة وسيأتي في كتاب الدعوى ان شاء الله تعالى
ومن ادعى اباق مشريه عنده وعند البائع تبرهن المشتري اولا على انه اي العبد المشرى ابق عنده اي المشتري
ثم يحلف بايعه يعني لا يحلف البائع على عدم الاباق عنده حتى يقيم المشتري البينة انه ابق عنده لانه ثم ثبت
العيب فتصح الخصومة فيه وانما لزم ذلك لان القول وان كان قول البائع لكن لا يعتبر انكاره ولا يتوجه اليمين عليه
الا بعد ثبوت قيام المدعى سببا للرد ومعرفة قيام العيب بالحجة عند انكاره وهذا في دعوى نحو الاباق مما يتوقف
الرد فيه على وجود العيب عندهما اما في عيب لا يتوقف الرد على دعواه عند المشتري كولادة الجارية وكذا الجنون على
خلاف المختار فلا وعرف ان معنى المسئلة ان يدعي اباقا فينكر قيامه في الحال فيحتاج الى اثباته اما لو اعترف البائع به
فانه يسأل عن وجوده عنده فان اعترف رده عليه بالتماس المشتري وان انكر طولب المشتري بالبينة على ان الاباق
وجد عند البائع فان اقامها رده عليه والا حلف بالله لقد باعه وسلمه وما ابق قط او بالله ما له اي للمشتري حق الرد
عليك من الوجه الذي يدعي به او بالله ما ابق عندك قط كل من هذه العبارات حسنة بقيت عبارتان محتملتان اشار
الى احدهما بقوله لا بالله لقد باعه وما به هذا العيب قالوا لا يحلف كذلك لان فيه ترك النظر للمشتري لان العيب
قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد فاذا فرض حدوث العيب كذلك فحلف لقد باعه وما به هذا
العيب كان بارا في يمينه والى الثاني بقوله او لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب فان هذه العبارة صادقة اذا كان
حدوث العيب بعد البيع قبل التسليم فيقصد البائع في يمينه تعلق عدم العيب بالشرطين جميعا البيع والتسليم عن
ان صدقه لغة على تقدير قصده اليه يوجب بره شرعا وليس كذلك فان تأوله كذلك لا يخلصه عند الله تعالى من ذلك
اليمين بل يكون غموسا لا تخرج الوفاء بالمقصود ان يحلف بالله ما ابق عنده قط وفي اباق الكبير يحلف البائع

بالله

بالله ما ابق عنده منذ بلغ مبلغ الرجال لان عساه ابق عنده في الصغر فقط ثم ابق عند المشتري بعد البلوغ وذلك لا يوجب
الرد لاختلاف السبب على ما تقدم فلو الزمناه الحلف ما ابق عنده قط اضررنا به والزمناه ما لا يلزمه ولو لم يحلف اصلا
اضررنا بالمشتري فيحلف كما ذكرنا وكذا في كل عيب يدعى ويختلف فيه الحال فيما بعد البلوغ وقبله بخلاف ما لا يختلف كالجنون
وعند عدم بينة المشتري على اباقه عنده اي عند المشتري يحلف البائع انه اي البائع ما يعلم انه ابق عنده اي عند
المشتري واختلفوا على قول الامام هل يحلف ليتحقق العجز عن الخصومة فالاظهر انه لا يحلف وتفسيره اذا ادعى الاباق ولم تكن
له بينة واراد تحليف المدعى عليه عند ابي حنيفة رح لا يحلف وعندهما يحلف ذكره الخصاف كذا في الخبازية وعن القاضي ابي
الهيثم ان الخلاف مذكور في النوادر عنده لا يحلف وعندهما نعم وفي شرح الجامع الكبير للشيخ ابي المعين النسفي قال بعض
مشايخنا منهم الشيخ الامام ابو بكر محمد بن حامد لا خلاف في هذه المسئلة وتخصيص قولهما بالذكر لا يدل على ان قول
ابي حنيفة خلاف قولهما وانما يحلف على العلم لانه حلف على فعل الغير بخلاف حلفه على انه ما كان عنده فيقبل لانه وان كان
على فعل الغير لكن الحلف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا لم يكن الحالف مدعيا العلم به اما اذا كان مدعيا فلا الا ترى ان
المودع اذا ادعى قبض المودع لها يكون القبض له ويحلف على البتات مع انه فعل الغير وقيل ليس حاصله فعل الغير بل فعل
نفسه وهو تسليمه سليما وهو قول الامام السرخسي والاول اوجه بان معنى تسليمه سليما ليس المراد منه السلامة في
حال التسليم بل معنى سلمه والحال انه لم يفعل السرقة عنده فرجع الى الحلف على فعل الغير كذا في فتح القدير فان نكل البائع
عن اليمين على وجود العيب عند المشتري فتوجهت الخصومة فيه على قولهما يحلف البائع ثانيا لطلب المشتري الرد
عليه فان بنكوله يثبت العيب عند المشتري فاذا اراد الرد على البائع بهذا العيب يحلف البائع على البتات بحكم حاكم
من صور البتات فان حلف لا يرد وان نكل يرد عليه كذا في الدرر وقد ذكر في الكافي وغيره انه يحلف عندهما واما عنده ففيه
خلاف والاصح انه لا يحلف كذا في القهستاني ولو قال بايعه بعد التقابض بعتك هذا مع آخر وقال المشتري بل وحده
فالقول له يعني من اشترى جارية او غيرها من الاعيان فقبض البائع الثمن والمشتري الجارية فوجد بها المشتري عيبا
فجاء ليردها فاعترف البائع بما يوجب الرد الا انه قال بعتك هذه واخرى معها وانما يستحق عليك رد حصته هذه فقط لا كل
الثمن وقال المشتري بعتنيها وحدها فارد جميع الثمن ولا بينة لاحد فالقول للمشتري لان هذا اختلاف في مقدار المقبوض
والقول فيه قول القابض امينا كان او ضمينا لانه ينكر زيادة يدعيها عليه البائع وكذا لو اتفقا على قدر المبيع واختلفا
في المقبوض لما بينا ان القول للقابض ولو اشترى عبدين او ثوبين او نحوهما صفقة واحدة وقبض احدهما ووجد
بالمقبوض او بالآخر الذي لم يقبض عيبا ردهما او اخذهما بجميع الثمن وليس له ان يأخذ السليم ويرد المعيب بحصته
من الثمن في هذه الصورة لان الصفقة انما تتم بقبضهما ولم يوجد فيكون رد احدهما وحده تفريقا للصفقة قبل التمام
وهذا كتفريقها في نفس العقد فيما اذا قال بعتكهما بالف فقال قبلت في هذا بخمسمائة لان القبض له شبه بالعقد
لانه يثبت ملك التصرف كما يثبت العقد ملك الرقبة هذا اذا كان العيب في غير المقبوض فلو وجد العيب في المقبوض
اختلفوا فيه يروى عن ابي يوسف انه يرده خاصة لان الصفقة تامة في المقبوض والصحيح انه يأخذهما او يردهما
لان تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم لكله فلم يقبض الكل لا يتم ولو قال المشتري انا امسك المعيب واخذ
النقصان فليس له ذلك ويرد المعيب وحده ان ظهر العيب بعد قبضهما خلافا لزفر له ان في رده وحده تفريق الصفقة
ولنا ان تفريق الصفقة بعد التمام جائز شرعا بدليل انه لو استحق احدهما بعد القبض ليس له ان يرد الآخر بل
يرجع بحصته المستحق على البائع مع انه قد تفرقت الصفقة على المشتري ثم هذا فيما يمكن افراد احدهما دون الآخر في

الانتفاع كالعبدين اما اذا لم يكن في العادة كنعلين او خفين او مصراعي باب فوجد باحدهما عيبا فانه يردهما
او يمسكهما بالاجماع لانهما في المعنى والمنفعة كشيء واحد والمعتبر هو المعنى دون الايضاح والفوائد الظهيرية ولهذا قال
مشايخنا لو اشترى زوجي ثور وقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا وقد الف احدهما الآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب
خاصة ولو وجد ببعض الكيلي او الوزني عيبا بعد القبض قيد به لانه اذا كان قبله فلا فرق بين الكيل والموزون
وغيرهما كالثياب والعبيد في انه يرد الكل او يحبس الكل بخلاف ما بعد القبض فانه يجوز رد المعيب خاصة في غير المكيل
والموزون دونهما رد كله او اخذه كله لان المكيل اذا كان من جنس واحد كالحنطة والشعير فهو كشيء واحد في الانتفاع
والتقويم لا يتحقق الا باحاد حبات القمح متفرقة بل مجتمعة وكانت الآحاد المتعددة منها كالشيء الواحد ثوب او بساط
ونحوه ولا يتمكن من رد البعض خاصة كما لا يتمكن من رد بعض الثوب بخلاف الثوبين والعبدين فانه بعد قبضهما يرد
المعيب خاصة لانهما شيئان حقيقة وتقوما وانتفاعا فلا يوجب افراد احدهما عن الآخر عيبا حادثا فيه فقيل هذا
يعني كونه يرد الكل اذا لم يكن في وعائين بل في وعاء واحد والا اي وان كان في وعائين فهو كالعبدين كما اذا
اشترى عدلي حنطة صفقة فوجد باحدهما عيبا فانه يرد ذلك العدل خاصة كذا ذكره فخر الاسلام قال لانه تميز
المعيب عن غيره يوجب زيادة عيب في المعيب فانه اذا كان مختلطا بالجيد يكون اخف عيبا مما اذا انفرد فلو رد
كان مع عيب حادث عند المشتري بخلاف ما اذا كان في وعائين فرد احدهما بعينه فانه لا يوجب زيادة عيب قال
الفقيه ابو الليث هذا التاويل يصح على قول محمد خاصة واحد الروايتين عن ابي يوسف لا على قول ابي حنيفة فانه
روى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة في الجدان رجلا لو اشترى اعدالا من تمر فوجد بعدل منها عيبا فان كان
التمر كله من جنس واحد ليس له ان يرد المعيب خاصة لان التمر اذا كان من جنس فهو بمنزلة شيء واحد وليس له ان
يرد بعضه دون بعض فهذا اظهر وجه كلمة التمريض في كلام المصنف ولو استحق بعضه اي بعض المكيل او الموزون
بعد القبض ليس له رد ما بقي وروى عن ابي حنيفة ان له رده دفعا لضرر مؤنة القسمة وجه الظاهر انه لا يضر
التبعيض لانه في القيمة لان المد من القمح يباع به الاردب والغرارة معيبا بتبعيضه فان الفصلة من الثوب كالذراع
اذا نودي عليه في السوق لا تبلغ قيمته متصلا بباقي الثوب وكذا مثل العبد يصير معيبا بعيب الشركة ثم اعلم
ان كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد اذا كان بعد القبض اما اذا كان قبل القبض فله ان يرد الباقي لتفرق الصفقة
عليه قبل التمام ولو كان المستحق ثوبا ونحوه كعبد وكتاب فله الخيار لان التبعيض في الثوب عيب والشركة في العبد
عيب فله الخيار بين رد الكل ومداواة المعيب بعد رؤية العيب وركوبه رضى يعني لو اشترى جارية
فوجد بها قرحا ونحوه من مرض او عرض فداواها او كانت دابة فركبها في حاجة لنفسه فهو رضى لان ذلك دليل قصد
الاستبقاء بخلاف خيار الشرط اذا ركب فيه مرة لحاجة لنفسه او لبس الثوب مرة لا يكون مسقطا للخيار لان ذلك
الخيار للاختبار وهو بالاستعمال فلا يكون ركوبه لحاجة مرة او الاستخدام مرة مسقطا له والاصل في جنس هذه المسائل
ان كل تصرف من المشتري يدل على الرضا بالعيب بعد العلم به يمنع الرد فمن ذلك العرض على البيع والاجارة واللبس
والرهن والكتابة والاستخدام ولو مرة بعد العلم بالعيب بخلاف شرط الخيار فانه لا يسقط الا بالمرة الثانية هذا
بالاتفاق انما الخلاف فيما اذا اخر الرد مع القدرة عليه بالتراضي او الخصومة بان كان هناك حاكم فلم يفعل ولم يفعل
ما يدل على الرضى فعندنا لا يبطل خيار الرد ومنه وعند الشافعي يبطل ولو ركبه ليرده على البايع او سقيها او شراء
علفها فلا بد منه فلا يكون رضى اما الركوب للرد فانه سبب الرد فلو لم يركبها يحتاج الى سوقها فربما لا تنقاد او تتلف

مالاقي

ولا في النفعة وهو ظاهر فلا يتضرر به بخلاف الثوب فانه يصير صحيح

مالاقي الطريق للناس ولا يحفظها عن ذلك الا الركوب والجواب في السقي وشراء العلف محمول على حاجته الى ذلك
فيهما لانها قد تكون صعبة وقد يكون عاجزا عن المشي ولكون العلف في عدل واحد فلا يتمكن من حمله عليها الا راكبا
ولو كان في عدلين فركبها يكون رضى ذكره قاضيخان ولو اختلفا فقال البايع ركبتها لحاجة نفسك وقال المشتري
لاردها عليك فالقول للمشتري فاما لو قال البايع ركبتها للسقي بلا حاجة لانها تنقاد وهي ذلول ينبغي ان يسمع قول المشتري
لان الظاهر ان المسوغ للركوب بلا ابطال حق الرد خوف المشتري من شيء مما ذكر لا حقيقة الجموح والصعوبة والناس
يختلفون في تخيل اسباب الخوف فرب رجل لا يخطر بباله شيء من تلك الاسباب وآخر يخاف فلهم لو حمل عليها لغيرها كان
رضى ركبها او لم يركبها ولو وجد بالدابة عيبا في السفر وهو يخاف على حمله حمله عليها ويرد بعد انقضاء سفره وهو معذور
ولو قطع يد المبيع بعد قبضه او قتل يعني لو اشترى عبدا قد سرق عند البايع او غيره ولم يعلم المشتري بتلك السرقة
لا وقت البيع ولا وقت القبض فقطع بها عند المشتري او قتل العبد عنده لقطع الطريق او للارتداد عند البايع فقوله
بسبب عند البايع متعلق بقوله قطع وقتل قيد بالقتل لانه لو مات كان الثمن متقررا على المشتري ولو قتل عند البايع
بطل البيع اتفاقا كذا في المبسوط ولو وجده واجب الحد واقيم الحد عند المشتري فمات او انتقص القيمة لا يرجع بشيء
على البايع اتفاقا علم به اولا كذا في الحقائق رده المشتري واخذ ثمنه عنده وقالا لا يرجع بفضل ما بين كونه سارقا
وبين كونه غير سارق او بين كونه قاتلا وبين كونه غير قاتل فيقوم عبدا وجب عليه القطع وعبدا لم يجب عليه القطع
ويرجع بازاء النقصان من الثمن الا اذا رضي البايع ان يرده فيرد بجميع الثمن او يقوم عبدا حلال الدم وحرامه فيرجع بمثل
نسبة التفاوت بين القيمتين من الثمن لهما ان وجوب القتل لا ينافي المالية ولهذا صح بيعه وعتقه ولو مات عنده
لتقرر الثمن عليه فكذا اذا قتل والقطع عيب حدث عند المشتري غاية الامر ان سبب كل منهما وجد عند البايع فتعذر
الرد وتعين الرجوع وله ان كلا من القتل والقطع مضاف الى سببه فكان نفس العبد او يده مستحقا حال كونه عند
البايع فينتقض به قبض المشتري فيرجع بالثمن كله في القتل وبنصفه في القطع ان لم يعلم المشتري بالعيب عند الشراء
والقبض قالا اي وان علم به عند احدهما فلا يرجع بشيء واعلم ان قوله ان لم يعلم الخ اصله من عبارة الجامع الصغير
يفيد على قولهما لانه عيب والعلم بالعيب عند البيع او القبض مسقط للرد والارش واما عنده ففيه روايتان في رواية
كقولهما فلا يرجع اذا علم بالاستحقاق يده او نفسه قال صاحب الهداية تبعا لشمس الائمة الصحيح انه يرجع وان علم
بسرقته او باحة دمه وقت البيع او القبض لان هذا بمنزلة الاستحقاق من وجه والعيب من وجه فللشبه بالاستحقاق
قلنا يرجع بكل الثمن اذا لم يعلم به وللشبه بالعيب لا يرجع عند العلم بشيء عملا بالشبهين ولو تداولته الايدي
بعد ان سرق عند البايع ثم قطع في يد الاخير بتلك السرقة رجع الباعة جميع بايع بعضهم على بعض بالثمن كما في
الاستحقاق عنده لانه اجراه مجرى الاستحقاق ولا يخفى ان هذا اذا اختار الرد لانك علمت ان حكم المسئلة عنده انه
بالخيار بين ان يرده ويرجع بالكل ويمسكه ويرجع بنصف الثمن فيرجع بعضهم على بعض بنصف الثمن عندهما
يرجع الاخير الذي قطع في يده على بايعه بالنقصان لا يرجع بايعه على بايعه لانه بمنزلة العيب اما رجوع الاخير فلانه
لما لم يبعه لم يصر حابسا للمبيع فلا مانع من الرجوع واما بايعه فانما لا يرجع على بايعه لانه بالبيع صار حابسا للمبيع امكان
الرد بالبيع وعلمت ان بيع المشتري للمعيب حبس للمبيع سواء علم بالعيب او لم يعلم فلا يمكنه الرد بعد ذلك فلو باع
شيئا فان البيع بشرط البراءة من كل عيب صحيح في الحيوان وغيره بشرط البراءة من كل عيب معلوم او غير معلوم صح
لان مقتضى البيع ثبوت ملك المشتري في المبيع معيبا او سليما فشرط البراءة يكون تقريرا لا عدولا عنه فلا

فلا يفسد به العقد فاذا صح فليس للمشتري ان يرده بعيب فاجمعوا على ان البيع لو كان بشرط البراة عن كل عيب
به لا يدخل الحادث في البراة فاحفظه وان للوصل لم يعد العيوب خلافا لزفر والث فعى لان الابراء عن الحقوق
المجهولة لا يصح عنده لان في الابراء معنى التمليك ولهذا يرتد بالرد حتى لو ابراء من له الدين مديونه فرده المديون
لم يبراء وكذا لا يصح تعليق الابراء لما فيه من معنى التمليك وتمليك المجهول لا يصح قلنا ان الابراء اسقاط حتى تم بلا قبول
كالطلاق والعتاق بان طلق نسوته او اعتق عبيده ولا يدري كم هم ولا اعيانهم كان وورث عبدا في غير بلده
او زوجه وليه فبلغ وهو في غير بلده وكذا لا يصح تمليك الاعيان بلفظ الابراء ويصح الابراء بلفظ الاسقاط كان
يقول اسقطت حقي عليك والاسقاط لا يبطله جهالة اصلا لان جهالته لا تفضي الى المنازعة وان كان
في ضمنه التمليك بخلاف التمليك فان جهالة الملك فيه تمنع من التسليم اما الاسقاط فان قطعيا شيء فلا يحتاج الى
تسليم فظهر ان المبطل لتمليك المجهول ليس الجهالة بل عدم القدرة على التسليم ولذا جاز بيع قفيز من صبرة وانما امتنع
بيع شاة من قطيع للمنازعة في تعيين حاية تم للتفاوت واما عدم الصحة في قول ابرات احدكما فلجهالة من له
الحق كما لم يصح قوله لرجل على الف وصح لفلان على شيء ويلزم بالتعيين على ان من الث يخ من جازه والزمه بالتعيين
كطلاق احدى زوجتيه وجه المختار ان الطلاق بعد وقوعه لا جهالة فيه وكذا العتاق لمن له الحق لانه لله تبارك وتعالى
ولذا لو اتفقا على ابطاله لم يبطل ودليل على ما قلنا حديث علي رضه حين بعثه عم ليصالح بني خزيمة وذلك انه عم بعث
اليهم خالد بن الوليد فقتل منهم قتلى بعد ما اعتصموا بالسجود فدفع عم الى علي فوذلهم حتى ميلغة الكلب وبقي في يده
مال فقال هذا لكم مما لا تعلمون ولا يعلمه رسول الله عم فبلغ ذلك رسول الله عم فسر به وهو دليل على جواز الصلح
للحقوق المجهولة وفيه اعمال على المسلمين لان من حضره الموت في كافة الاعصار استحل معامليه من غير نكير ولعم
الفقهى ما ذكرنا ويدخل في البراة في قوله من كل عيب العيب الحادث قبل القبض عند ابي يوسف يعني في ظاهر الرواية عنه
وهو قول ابي حنيفة خلافا لمحمد فعنده لا يدخل فيها الحادث وهو قول زفر والحسن بن زياد والث فعي ومالك ورواية عن
ابي يوسف لان البراة تتناول الثابت فينصرف الى الموجود عند العقد فقط ولابي يوسف ان الملاحظة هو المعنى
والغرض ومعلوم ان الغرض من هذا الشرط الزام العقد باسقاط المشتري حقه عن وصف السلامة وذلك بالبراة عن
كل عيب يوجب للمشتري الرد واورد انه ذكر في شرح الطحاوي انه لو صرح بالبراة من العيب الحادث بلا تخصيص وهو مع
التخصيص عليه يبطله اجيب بمنع انه اجماع بان في الذخيرة اذا باع بشرط البراة من كل عيب وما يحدث بعد البيع
قبل القبض يصح عند ابي يوسف خلافا لمحمد ولئن سلم فالفرق ان الحادث يدخل تبعا في التقرير غرضهما وكم من شيء
لا يثبت مقصودا ويثبت تبعا ولو اختلفا في انه حادث بعد العقد او كان عنده لا اثر لهذا عند ابي يوسف
وعند محمد القول للبائع مع يمينه على العلم على انه حادث وعند زفر للمشتري جمعا في الدراية شرط البراة
من كل عيب به او خص منها من العيوب لم ينصرف الى الحادث بالاجماع ويصح تخصيصه فلو شرطها من عيب واحد
كشجة فحدث عند المشتري عيب او موت فاطلع على عيب آخر كشجة اخرى فاراد ان يرجع بالنقصان لامتناع الرد
بالحادث اعتبر ابو يوسف نفع حصول البراة للبائع فجعل الخيار في تعيين العيب الذي يرد به اليه وجعله محمد للمشتري
فيرد بايهما شاء وفي جمع التفاريق قطع الاصبع عيب والاصبعين عيبان والاصابع مع نصف الكف عيب
واحد ولو قبل في الثوب بعيوبه يبرا من الخروق ويدخل الرقع والرفو ولو تبرا من كل سن سود تدخل الحمر والخضر
وفي المحيط ابرأتك من كل عيب بعينه فاذا هو اعور لا يبرا لانه عدها لا عيب بها ولو قال انت بري من كل حق

لي قبلك

لي قبلك دخل العيب هو الحق دون الدرك ولو قال المشتري ليس به عيب لم يكن اقرارا باسقاط العيوب حتى لو وجد
به عيبا رده ولو عين فقال ليس باَبق صح اقراره لو وجد به عيبا فاصطلحا على ان يحط او يدفع دينارا جاز ولو دفعه
المشتري لير د لم يجز لانه ربوا وزوال العيب يبطل الصلح فيرد البائع ما بذل او حط اذا زال ولو زال بعد خروجه من ملكه
لا يرد ولو صالحه بعد التبرء من كل عيب بدرهم جاز وان لم يجد به عيبا ولو قال اشتريت منك العيوب لم يجز وحذف
الحروف او نقصها او النقط او الاعراب في المصحف عيب ولو وجد به عيبا فاصطلحا على ان يحط كل عشرة ويأخذ الاجنبي
بما وراء المحطوط ورضي الاجنبي بذلك جاز وجاز حط المشتري دون البائع وفي المجتبى دخل المشتري القدوم في الدار
او حلب المنشار او حلب الشاة او البقرة لم يرد سواء كان في المصراة او غيرها عندنا وهل يرجع بالنقصان في رواية الكرخي
لا وفي رواية شرح الطحاوي يرجع لفوات وصف مرغوب فيه بعد حدوث زيادة منفصلة وقيل لو اخترت بهذه الفتوى
كان حسنا لغرور المشتري بالتصرية ولو اغتر بقول البائع هي حلوب فتبين خلافه بعد الولادة يرجع كذا هذا ولو وقف
الارض او جعلها مسجدا ثم اطلع على عيب امتنع الرد والرجوع بالارش عند محمد وعند ابي يوسف يرجع بالارش ولو
اشترى ضيعة مع غلاتها فوجدها معيبة ردها في الحال لانه ان جمع غلاتها فهو رضا وان تركها يزداد العيب فيمتنع
الرد الكل من فتح القدير باب البيع الفاسد اخر البيع الفاسد عن الصحيح لان الصحيح هو الاصل لانه الموصل
الى تمام المقصود مع سلامة الدين التي لها شرعت العقود ليندفع التغالب والوصول الى دفع الحاجة الدنيوية
وكل منهما بالصحة واما الفاسد فعقد مخالف للدين ثم ان افاد الملك وهو مقصود في الجملة لكن لا يفيد تمامه اذ لم ينقطع
به حق البائع من المبيع ولا المشتري من الثمن اذ لكل منهما الفسخ بل يجب على ما سياتي ان شاء الله تعالى ثم لقب الباب
بالفاسد لكثرة وقوعه وتعدد اسبابه فلا يرد ان ما في الباب اعم من الفاسد لشموله الباطل والمكروه واعلم
ان الكلام الذي يقتضيه الفقه والاصول انها معان متباينة لتباين احكامها فانهم قالوا الفاسد ما كان
مشروعا في نفسه فائت المعنى من وجه لملازمته ما ليس بمشروع اياه بحكم الحال مع تصور الانفصال في الجملة ويفيد
ملكا خبيثا بالقبض برضى بائعه صريحا او دلالة والباطل ما كان فائت المعنى من كل وجه مع وجود الصورة
ولا يفيد الملك اصلا والمكروه ما كان مشروعا باصله ووصفه لكن جاوره شيء منهي عنه ويفيد الملك بالثمن لا خلاف
في ان الفاسد عندنا يطلق على الباطل مجازا وعند الث فعي الباطل والفاسد اسمان مترادفان لما ليس
بصحيح وهذا اصطلاح فلا معنى للاحتجاج عليه نفيا واثباتا ومما يحفظ ان الباطل والفاسد وان ترادفا
فبينهما فرق في المعاملات عندنا فالفاسد منعقد كالربوا ولذا يفيد الملك وان لم ينقلب بطرح الزيادة صحيحا
لانه في الصلب بخلافه بحالة الاصل لكن ليس صحيحا ولانا فذا لعدم ترتب اباحة الانتفاع والباطل ليس
بمنعقد كبيع المضامين والملاقيح لا في العادات اذ ليس سقوط القضاء بحيث يحصل بوجه دون وجه
كذا في فصول البدائع بيع ما ليس بمال والمال عين يجري فيه التنافس والابتذال فيخرج التراب ونحوه
والبيع به اي وجعله ثمنا باد خال الباء عليه اذ الباء تدخل على الوسائل والثمن منها باطل لا فاسد بالاجماع
لانعدام ركن البيع الذي هو مبادلة مال بمال كالدم المسفوح والميتة وهي لغة التي فارقها الروح من غير تذكية
ولطرفان هذه الاشياء لا تعد مالا في ديننا وان كان الخمر مالا في شريعة يعقوب عم حتى استرق السارق
على ما قالوا كذا في شرح التاويلات وقد قال عم عن الله تعالى ثلاثة انا خصمهم يوم القيامة رجل اعطى بي اي اعطى ذمة
من الذمات ورجل باع حرا فاكل ثمنه ورجل استاجر اجيرا فاستوفى منه ولم يعطه اجره وكذا بيع ام الولد والمدبر

مطلب في قيمة ام الولد والمدبر

باطل لان استحقاق الحرية بالعتق ثابت لكل منهما بجهة لازمة على بقوله عم في ام الولد اعتقها ولدها وبتصحيح التدبير شرعًا وهو يوجب انعقاد التدبير سببًا للعتق في الحال والاجماع على عتقه بعد موت السيد بذلك اللفظ فكان سببًا في الحال والمراد بالمدبر المدبر المطلق وقال الشافعي يجوز بيعه واما المقيد فجواز بيعه اتفاقي وكذا بيع المكاتب باطل لانه استحق يدًا لازمة في حق المولى حتى لا يملك فسخ الكتابة ثم المراد ببطلان بيعهم ان المشتري لا يملكهم وان قبضهم كالحر لا ان بيعهم باطل في نفسه وان رقابهم غير قابلة للبيع ولهذا اجاز تملك القن المضموم اليهم لدخولهم في البيع لصلاحيتهم كذلك وجاز بيع المدبر من نفسه ولو قضى القاضي بجواز بيعه من غيره نفذ وكذا ام الولد عند ابي حنيفة رح وابي يوسف في اصح الروايتين ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر جواز بيعه واليه اشار بقوله الا ان يجيز اي يجيز المكاتب بيعه فيجوز بيعه وينفسخ الكتابة في ضمنه لان رضاه به متضمن لتعجيز نفسه ثم قال في الهداية لو ماتت ام الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا عليه قيمتهما للبائع وقولهما هذا رواية عنه وفي النهاية ان الروايتين عنه في المدبر اما ام الولد فباتفاق الروايات عنه لا يضمن المشتري ولا الغاصب قيمتها اذ لا تقوم لام الولد عنده وانما تضمن بما يضمن الصبي الحر اذا غصبه يعني اذا نقلها الى ارض مسبعة او كثيرة الحيات فماتت لو بنهش حية او افتراس سبع ففيها الدية على عاقلة الغاصب اما المدبر فيضمن في البيع والغصب على روايتيها ثم اعلم ان قيمة ام الولد ثلث قيمتها قنة وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا وقيل نصفها وبه يفتى وقد تقدم كل ذلك في العتاق كذا في فتح القدير وكذا بيع مال غير متقوم بكسر الواو اي غير منتفع به شرعًا واعلم ان التقوم على ما ذكر في التلويح ضربان عرفي وهو بالاحراز فغير المحرز كالصيد والحشيش ليس بمتقوم وشرعي وهو باباحة الانتفاع به والمراد ههنا منفيًا كالخمر والخنزير بالثمن يعني اذا جعلا مبيعًا بالدين كالدراهم والدنانير والفلوس النافقة فالبيع باطل لان الخمر والخنزير مال غير متقوم لانا امرنا باهانتهما وفي تملكهما بالعقد مقصودًا بجعلهما مبيعًا اعزاز لهما فيبطل بخلاف جعلهما ثمنًا كما سيأتي فانه يكون بيعًا فاسدًا وبيع قن ضم الى حر وبيع ذكية ضمت الى ميتة فانهما باطلان ايضًا ان لم يفصل ثمن كل واحد منهما عنده وعندهما يصح في العبد والذكية ان بين الثمن واذا لم يبين بطل بالاجماع وبقول ابي حنيفة قال مالك وعن الشافعي واحمد كل من القولين وعلى هذا الخلاف ما اذا باع ذبيحتين خلا فاذا احدهما خمر لهما ان الفساد لا يتعدى محل المفسد اذ بعد تفصيل الثمن يقتصر المفسد وهو عدم المحلية على الحر ونحوه لان كلا منهما قد انفصل عن الآخر بفصل الثمن الا ترى انه لو هلك احدهما قبل القبض بقي العقد في الآخر لو كان كل منهما عبدًا وصار كما جمع بين اخته واجنبية في عقد نكاح بخلاف ما اذا لم يبين ثمن كل منهما لان الفساد في القن بجهالة ثمنه وله الفرق بين الجمع بين الحر والعبد وبين الجمع بين الاخت والاجنبية والمدبر والعبد فان الحر لا يدخل تحت العقد اصلًا والبيع صفقة واحدة بدليل انه ليس للقابل ان يقبل في احدهما بعد جعل قبول العقد في كل منهما شرطًا في بيع الآخر فقد شرط في قبول العقد قبوله في الحر وهو شرط فاسد فيبطل بيع العبد بخلاف النكاح فانه لا يبطل بالشرط الفاسد وصح البيع في قن ضم الى مدبر او ضم الى قن غيره بالحصة كما مر ان المدبر محل البيع عند البعض فيدخل في العقد ثم يخرج فيكون البيع بالحصة في البقاء دون الابتداء وفائدة ذلك تصحيح كلام العاقل ورعاية حق المدبر ثم متروك التسمية عامدًا كالميتة والمكاتب وام الولد كالمدبر واجمعوا انه لو باع عبدين فاستحق احدهما لا يبطل البيع في الآخر وكذا يصح البيع في ملك ضم الى وقف اي موقوف كما اذا باع ضيعة بعضها وقف فانه يصح في الملك بحصته عند السرخسي والسغدي لان الوقف محل البيع عند البعض وبطلانه

لا يسري الى غيره في الصحيح في الكافي جمع بين وقف وملك واطلق صح في الملك في الاصح وقال الحلواني يفسد فيهما ثم رجع وقال جاز في الملك كما في العبد والمدبر فروع ولو باع كرمًا فيه مسجد قديم ان كان عامرًا يفسد البيع وان لا فلا وكذا في المقبرة ولو اشترى دارًا فيها طريق للعامة لا يفسد البيع والطريق عيب ولو اشترى دارًا بطريقها ثم استحق الطريق ان شاء امسكها بحصتها وان شاء ردها ان كان الطريق مختلطًا بها وان كان متميزًا لزمه الدار بحصتها ومعنى اختلاطه كونه لم يذكر له الحدود وفي المنتقى اذا لم يكن الطريق محدودًا فسد البيع والمسجد الخاص كالطريق المعلوم ولو كان مسجد جماعة فسد البيع في الكل وفي بعض النسخ ولو كان مسجدًا جامعًا فسد في الكل وكذا لو كان مهدومًا او ارضًا ساحة لا بناء فيها بعد ان يكون اصله مسجدًا جامعًا كذا في المجتبى والظاهر ان هذا يتفرع على قول ابي يوسف في المسجد الآن كان من ربعه معلوم بعمارته ولو باع قرية وفيها مسجد واستثنى المسجد جاز وبيع العرض اي غير الثمن بالخمر ثم ههنا شرع في تفصيل ما اجمل مما يفسد البيع من ستة اشياء على ما في المشارع من عدم الملك والغرر والجهالة والعجز عن التسليم وورود النهي والشرط او بالعكس اي بيع الخمر بالعرض فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال وكذا بيعه بالخنزير ونحوه مما ليس بمتقوم فاسد لان كلا منهما مال عند البعض وهم اهل الذمة لحلهما عندهم لا باطل فيملك العرض لانه يجعل مقصودًا في الكل ويجب قيمته ولا يملك الخمر والخنزير ونحوهما من المال الغير المتقوم لبطلان البيع فيهما لانتفاء الاوصاف دون الاركان والشروط فلا يرد انه لم ينعكس في العكس بان يملك الخمر والخنزير دون العرض مع ان دخول الباء في العرض يدل على العكس وحاصل الفرق ان الشرع امرنا باهانة المال الغير المتقوم وترك اعزازه وفي تملكه بالعقد مقصودًا اعزاز له ثم اذا دخل الباء بالاثمان فما يقابله من المال الغير المتقوم يلزم ان يكون مبيعًا مقصودًا لان الاثمان متعينة للوسيلة فيبطل البيع واما اذا دخل الباء في الثوب كما في قولك اشتريت الخمر بالثوب فالظاهر من حال العاقل المشتري انه يقصد تملك الثوب بالخمر وفيه اعزاز الثوب دون الخمر فبقي ذكر الخمر معتبرًا في تملك الثوب لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب لا الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب لانه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة ولا يجوز بل يفسد بيع طير في الهواء وحطب وحشيش في الصحراء وما في البئر او في النهر وسمك لم يصد عدم الجواز ههنا بمعنى البطلان لعدم الملك وفيما ذكره بقوله وصيد والقي في حظيرة او جب لا يؤخذ منها بلا حيلة بمعنى الفاسد للعجز عن التسليم او دخل اليها بنفسه ولم يسد مدخله لعدم الملك وان صيد والقي فيها وسد مدخله حتى امكن اخذه بلا حيلة اصطيادًا صح لان السد منه فعل موجب للملك فروع الحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز بيعها اذا كانت في برجها ومخارجها مسدودة واذا كانت في حال طيرانها ومعلوم بالعادة انها تجيء فكذلك لان المعلوم عادة كالواقع فكان مملوكًا مقدور التسليم وتجويز كونه لا يعود او عروض عدم عوده لا يمنع جواز البيع كتجويز هلاك المبيع قبل القبض فانه لا يمنع جواز البيع ثم اذا عرض الهلاك انفسخ كذا هنا اذا عرض وقوع عدم المعتاد من عودها قبل القبض انفسخ وصار كالظبي المرسل في بر فانه يجوز بيعه وان جاز ان لا يعود ولو حفر حفيرة فوقع فيها صيد فان كان اتخذها للصيد ملكه وليس لاحد اخذه وان لم يتخذها له فهو لمن اخذه نصب الشبكة للصيد فتعلق بها صيد ملكه ولو كان نصبها ليجففها لا بل فتعلق بها لا يملكه وهو لمن يأخذه الا ان يأتي فيحوزه ومثله اذا هيأ حجرة لوقوع النثار فيه ملك ما يقع فيه ولو وقع في حجرة ولم يكن هيأه لذلك فلواحد ان يسبق فيأخذه ما لم يكف حجره عليه وكذا من هيأ مكانًا للسرقين فله ما طرح فيه عند البعض وفي فتاوى الفضلي خلاف هذا قال اهل سكة يرمون في ساحة رجل الرماد والتراب والسرقين فهو لمن يسبق سواء هيأ المكان

له اولا اما النحل اذا عسّل في ارض انسان فهو له بكل حال لانه ليس بصيد بل قائم [illegible] بارضه كالشجر
والزرع والبيض كالصيد وكذا الفرخ لا يملك الا باعداد المكان لذلك ولا يجوز بيع الحمل بسكون الميم ما في البطن
من الجنين ولا النتاج كما في الصحيحين والسنن عن ابن عمر ان رسول الله عم نهى عن بيع حبل الحبلة وكان بيعا
يتبايعه اهل الجاهلية كان الرجل يبتاع الجزور الى ان تنتج الناقة ثم تنتج التي في بطنها وفي الموطأ عن ابن شهاب
عن سعيد بن المسيب انه قال لا ربا في الحيوان وانما نهى عن الحيوان عن ثلاث عن المضامين والملاقيح وحبل
الحبلة وانما بطل هذا البيع للغرر فعسى ان لا تلد تلك الناقة او تموت قبل ذلك واما باللفظ الذي ذكره
صاحب الهداية عن بيع الحبل وحبل الحبلة فغير معروف والملاقيح ما في الارحام جمع ملقوح والمضامين ما
في الاصلاب ولا اللبن في الضرع للغرر فلعله انتفاخ فيه قال الشافعي واحمد واجازه مالك اياما معلومة
اذا عرف قدر حلابها ويكون تسليمه بالتخلية كبيع الثمر على رؤس النخل فهو مردود بالنهي عن الغرر وكذا
اللؤلؤ في الصدف والصوف على ظهر الغنم لخبر ابن عباس رضه انه عم نهى عن بيع اللبن في ضروع
الغنم والصوف على ظهورها فنعرف بذلك ان كل ما بيع في غلافه لا يجوز كاللحم في الشاة [illegible] الحية وشحمها او
اليتها او اكارعها وجلودها او دقيق هذه الحنطة او سمن في هذا اللبن ونحوها مما لا يمكن تسليمها الا بافساد
الخلقة والحبوب في قشرها مستثنى من ذلك بما اسلفناه خلافا لابي يوسف فيهما لانه مال معقود التسليم في الحال
فيجوز كبيع القصيل ولهما ان الصوف ينمو من اسفله الا يرى انه اذا خضب وترك زمانا يقع المخضوب على راسه
لا اصله فيلزم الاختلاط وانما جاز بيع اغصان الخلاف اذ يتبين موضع قطعها لانه ينمو من اعلاه الا يرى
انه اذا ربط خيط في راس غصن وترك ايا ما يبقى الخيط اسفل مما في راسه واما بيع الكرات فيجوز وان كان ينمو
من اسفله للتعامل كذا في التتمة ولا بيع اللحم في الشاة لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر لا يستحق عليه وضربة القانص
وهو الصائد يقول بعتك ما يخرج من القاء هذه الشبكة مرة بكذا وقيل بالغين والياء الغائص قال في تهذيب
الازهري نهى عن ضربة الغائص وهو الغواص يقول اغوص غوصة فما اخرجته من اللآلى فهو لك بكذا وهو بيع
باطل لعدم ملك البايع المبيع قبل العقد فكان غررا ولجهالته ما يخرج وجذع في سقف وذراع من ثوب
يضره القطع كالعمامة والقميص اما ما لا يضره القطع كالكرباس فيجوز وقول الطحاوي في آجر من حائط او ذراع
من كرباس او ديباج لا يجوز ممنوع في الكرباس او محمول على كرباس يتعيب به اما لا يتعيب به فيجوز كما يجوز
بيع قفيز من صبرة ولذا لا يجوز بيع حلية من سيف او نصف زرع لم يدرك لانه لا يمكن تسليمها الا بقطع
جليل ولذا بيع فص خاتم مركب فيه ومثله نصيب من ثوب مشترك من غير شريكه وذراع من خشبة للزوم
الضرر في التسليم في كل ذلك وان للوصل ذكر قطعه فلو قلع الجذع او قطع الذراع وسلم قبل الفسخ عاد
البيع صحيحا وليس للمشتري الامتناع لزوال المفسد قبل نقضه ولو فعل بعد الفسخ لا يجوز بخلاف ما اذا
باع النوى في التمر او البذر في البطيخ وكسرها وسلم البذر والنوى قبل الفسخ حيث لا يعود صحيحا لان
الفساد للغرر اذ في وجودها احتمال فكان كبيع بلا مبيع فوقع باطلا ولا المزابنة وهي لغة المدافعة من الزبن
وشرعا بيع التمر بنقطتين فيجوز الثلاث على النخل بتمر بنقطتين مجدود بالجيم والمهملتين ويجوز الاعجام
فانهما بمعنى المقطوع مثل كيله خرصا بفتح المعجمة وسكون الراء والصاد المهملة اي يكون التمر على النخيل مثلا بطريق
الخرص والتخمين لكيل التمر المجدود وقد نهى عم عن بيع المزابنة ومعنى النهي انه مال الربوا فلا يجوز بيعه بجنسه مجازفة

الحمل بتا ويهما كما لو كانا موضوعين على الارض وقال الشافعي يجوز المزابنة فيما دون خمسة اوسق
والمحاقلة وهي بيع البر في سنبله ببر مثل كيله خرصا لان الجهالة تفضي الى الربوا ولا البيع بالملامسة والمنابذة
والقاء الحجر بان يتساوما سلعة فيلزم البيع لو لمسها المشتري او وضع عليها حجرا او نبذها اليه البايع
هذه بيوع في الجاهلية قد نهى عم عنها ومعنى النهي ان فيها الجهالة ومعنى التعليق بالخطر ولا بيع ثوب من
ثوبين لجهالة المبيع الا بشرط ان ياخذ ايهما شاء فيجوز استحسانا لعدم المنازعة ولا بيع المراعي قال في
الهداية والمراد الكلاء فسر بذلك دفعا لتوهم ان يراد مكان الرعي فانه جائز ولا يجوز ايضا اجارتها
اما عدم جواز بيع الكلاء فلانه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه اشتراك اباحة لا ملك ولانه لا يحصل
به للمشتري فائدة فان المقصود من الملك يحصل بلا بيع اذ يتملكه بدونه بالحديث الذي رواه ابو داود
في سننه عن زيد عن رجل من الصحابة قال غزوت النبي عم ثلاثا اسمعه يقول المسلمون شركاء في الماء والكلاء
والنار ورواه احمد في مسنده وابن ابي شيبة واسند ابن عدي في الكامل عن احمد وابن معين انهما قالا
في حريز ثقة وجهالة الصحابي لا تضر ومعنى الشركة في النار الاصطلاء بها وتجفيف الثياب يعني اذا اوقد رجل
نارا فلكل ان يصطلي بها اما اذا اراد ان ياخذ الجمر فليس له ذلك الا باذن صاحبه كذا ذكره القدوري ومعناه
في الماء الشرب وسقي الدواب والاستقاء من الآبار والحياض والانهار المملوكة وفي الكلاء الاحتشاش وان
كان في ارض مملوكة غير ان لصاحب الارض ان يمنع من الدخول في ارضه واذا منع فلغيره ان يقول ان لي
في ارضك حقا فاما ان توصلني اليه او تحتشه او تستقي وتدفعه الي وصار كثوب رجل وقع في دار رجل
اما ان ياذن للمالك في دخوله لياخذه واما ان يخرجه اليه اما اذا احرز الماء بالاستقاء في آنية والكلاء بقطعه
جاز حينئذ بيعه لانه بذلك ملكه وظاهر ان هذا اذا انبت بنفسه فاما لو كان سقى الارض واعدها للانبات
فنبت ففي الذخيرة والمحيط والنوازل يجوز بيعه لانه ملكه وهو مختار الصدر الشهيد وكذا ذكر في اختلاف
ابي حنيفة وزفر نبت الكلاء بانباته جاز بيعه وكذا لو حفر حول ارضه وهيأها للانبات حتى نبت القصب
صار ملكا له ولا يجوز بيع كماة في ارضه قبل ان يقلعها ولا ماء وقال القدوري لا يجوز بيع الكلاء في ارضه وان
ساق الماء الى ارضه ولحقته مؤنة لان الشركة فيه ثابتة وانما تنقطع بالحيازة وسوق الماء الى ارضه ليس بحيازة
والاكثر على الاول الا ان على هذا القائل ان يقول ينبغي ان حافر البئر يملك بناءها ويكون بتكلفه الحفر والطي
لتحصيل الماء يملك الماء كما يملك الكلاء بتكلفه سوق الماء الى الارض لينبت فله منع المستقي وان لم يكن في ارض
مملوكة له من الكلاء على ما ذكره الحلواني عن محمد انه ما ليس له ساق وما له ساق ليس كلاء وكان الفضلي يقول هو ايضا
كلاء وفي المغرب هو كل ما رعته الدواب من رطب ويابس واما عدم جواز الاجارة فلانها لو صحت ملكت بها الاعيان
آلة لاقامة العمل المستحق كالصبغ واللبن في استيجار الظئر فيملك بعد اقامة العمل تبعا اما ابتداء فلا وكذا لو استاجر
بقرة ليشرب لبنها لا يجوز مع انها عقدت على استهلاك عين مملوكة فهذا اولى لانها على استهلاك عين غير مملوكة
وهذه الاجارة فاسدة او باطلة ذكر في الشرب انها فاسدة حتى يملك الآجر الاجرة بالقبض وينفذ عتقه فيه وقيل
في لبن الامة انه في حكم المنفعة شرعا بدليل ان عينه لا يجوز بيعه ولا يضمن متلفه والحيلة في ذلك ان يستاجر الارض
ليضرب فيها فسطاطا او ليجعلها حظيرة لغنمه ثم يستبيح المرعى فيحصل مقصودهما كذا في فتح القدير والكافي وذكر
الزيلعي الحيلة ان يستاجرها لايقاف الدواب او منفعة اخرى ولا النحل وهو زنبور العسل بلا كوارات جمع كوارة

بضم الكاف وتشديد الواو معسل النحل اذا سوى من طين او خشب خلافا لمحمد فانه يقول يجوز بيعه اذا كان محرزا او مجموعا وهو قول الشافعي لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا مقدور التسليم محرزا فيجوز بيعه وان كان لا يؤكل كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام فلا يجوز بيعه كالوزغ والعقرب والزنبور والحية مع انه غير منتفع به وانما الانتفاع مما يتولد منه واما اذا باعها مع الكوارات وفيها عسل يجوز تبعا هكذا قاله الكرخي في جامعه ثم انكر ذلك وقال انما يدخل في البيع تبعا ما هو من حقوق المبيع واتباعه والنحل ليس من حقوق العسل واتباعه وجوابه ان الكوارات لما لم يكن لها فائدة بدون النحل جعل النحل من جملة حقوقها تجوزا كما يرى انه لا يجوز بيع الشرب مقصودا ويجوز تبعا للارض لما انه لا انتفاع بالارض بدون الشرب ثم التبعية لا تنحصر في الحقوق كالمفاتيح فالنحل وان لم يكن من حقوق العسل لكنه تابع له من وجه لان العسل تابع للنحل في الوجود والنحل تابع للعسل في المقصود في البيع ودود القز اي الابريسم لانه من الهوام وبيضه بفتح الباء اي بزر القز او بزر دوده لانه لا ينتفع بعينه فاشبه الخنافس والوزغات وبيضهما هذا عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف يجوز البيع في الدود اذا كان مع القز تبعا له واجاز بيع بزر القز الذي يكون منه الدود ذكره في فتح القدير وفي البيض عنه روايتان عن ابي يوسف قولان في قول يجوز بيعه لمكان الضرورة وفي قول لا كابي حنيفة في الدود كما فهم من الهداية وعند محمد يجوز بيعهما اي الدود والبيض مطلقا اي بانفرادهما وتبعا لغيرهما لان كلا منهما مال يجري فيه ويتولد منه ما ينتفع به فيصح بيعه كبذر البطيخ والمهر والجحش وهو اي قول محمد المختار للفتوى للعادة والضرورة وقد ضمن محمد متلف كل من النحل ودود القز في الخلاصة في بيعهما قال الفتوى على قول محمد ثم الاتفاق على عدم جواز بيع ما سواهما من الهوام كالحيات والعقارب والوزغ والعصابة والقنافذ والجعل والضب ولا يجوز بيع شيء من البحر الا السمك كالضفدع والسرطان والسلحفاة وفرس البحر وغير ذلك وقال محمد اذا كان الدود وورق التوت من واحد والعمل من آخر على ان يكون القز بينهما نصفين او اقل او اكثر لا يجوز وكذا لو كان العمل منهما وهو بينهما نصفان وفي فتاوى الولوالجي امرأة اعطت امرأة بذر القز وهو بذر الفيلق بالنصف فقامت عليه حتى ادرك فالفيلق لصاحبة البذر لانه حدث من بذرها ولها على صاحبة البذر قيمة الاوراق بينهما بالنصف فالحادث كله لصاحب البقرة وله على صاحب البقرة ثمن العلف واجر مثله وعلى هذا اذا دفع الدجاج ليكون البيض بالنصف كذا في فتح القدير ولا بيع الآبق الا ممن يزعم اي البائع انه اي الآبق عنده الآبق اذا لم يكن عند المشتري لا يجوز بيعه باتفاق الائمة الاربعة ويجوز عتقه غير انه اذا اعتقه عن كفارة اشترط العلم بحيوته وتجوز هبته لابنه الصغير او ليتيم في حجره بخلاف البيع لابنه الصغير لقبض المبيع لانه قبض بازاء مال مقبوض من مال الابن وهذا قبض ليس بازائه مال يخرج من مال الولد فكفت تلك اليد له نظرا للصغير فانه لو عاد عاد على ملك الصغير ولهذا اجزنا بيعه ممن زعم انه في يده لثبوت التسلم والمقصود من القدرة على التسليم ثبوت التسلم واذا كان ثابتا حصل المقصود بخلاف ما لو جاء المشتري برجل معه وقال عبدك الآبق عند هذا فبعنيه وانا اقبضه منه واعترف ذلك الرجل لا يجوز بيعه لان تسليمه فعل غيره وهو لا يقدر على فعل غيره فلا يجوز واذا جاز بيعه هل يصير قابضا في الحال حتى لو رجع فوجده هلك بعد وقت البيع يتم القبض والبيع ان كان حين قبضه اشهد انه قبض بهذا ليرده على مالكه لا يصير قابضا لان قبضه بهذا قبض امانة حتى لو هلك قبل ان يصل الى سيده لا يضمنه وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع فان هلك قبل ان يرجع اليه انفسخ البيع ورجع بالثمن

واجر مثله هو مثله اذا دفع البقرة الى آخر يعلفها ليكون الحادث ... صح

وان لم يشهد

وان لم يشهد يصير قابضا لان قبضه اذا لم يشهد قبض غصب وهو قبض ضمان كقبض المبيع فان عاد الآبق من اباقه قبل الفسخ وقد باعه ممن ليس عنده لا ينقلب البيع بالتسليم صحيحا على ظاهر الرواية وهو مروي عن محمد كما اذا باع خمرا فتخللت قبل التسليم وباع طيرا في الهواء ثم اخذه لا يعود صحيحا وهذا يفيد ان البيع باطل وهو مختار مشايخ بلخ والثلجي لان وجود الشرط يجب كونه عند العقد وقيل ينقلب صحيحا في رواية اخرى عن محمد وهو رواية عن محمد وابي حنيفة لقيام المالية والملك في الآبق ولذا صح عتقه فكان كبيع المرهون اذا افتكه قبل الخصومة وفسخ القاضي للبيع وبه اخذ الكرخي وجماعة من المشايخ حتى اذا امتنع البائع عن تسليمه او المشتري من قبوله اجبر على ذلك لان صحة البيع كانت موقوفة على القدرة على التسليم وقد وجد قبل الفسخ بخلاف ما اذا رجع بعد ان فسخ القاضي البيع او تخاصما فانه لا يعود صحيحا اتفاقا وهذا يقتضي ان البيع فاسد كذا في فتح القدير ولا لبن امرأة ولو بعد الحلب وقال الشافعي يجوز بيعه لانه مشروب طاهر ولنا انه جزء الآدمي وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعند ابي يوسف يصح في لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها فاما اللبن فلا رق فيه لانه يختص بمحل القوة التي هي ضد الرق ومحل القوة الحي ولا حيوة في اللبن ولذا قال ابو حنيفة اذا ماتت شاة فخرج من ضرعها لبن فهو طاهر يحل اكله وشربه ولا يتنجس بنجاسة الوعاء لانه لا تحله الموت وقالا هو في نفسه طاهر لا تحله الموت الا انه يتنجس بنجاسة الوعاء فلا يحل اكله وشربه كذا في الحدادي ولا شعر الخنزير لانه نجس العين فيبطل بيعه ولكن يباح الانتفاع به للخرز ونحوه للضرورة فان الاساكفة اذا كانوا لا يجدون شعر الخنزير الا بالشرى ينبغي ان يجوز لهم الشرى لان ذلك كحالة الضرورة فاما البيع فمكروه للبائع ويفسد الماء القليل عند ابي يوسف لا عند محمد لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ولابي يوسف ان الاطلاق للضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرها ولا بيع شعر الآدمي ولا الانتفاع به ولا بشيء من اجزائه لان الآدمي مكرم غير مبتذل فلا يجوز ان يكون شيء من اجزائه مبتذلا وقد قال عم لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث وانما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذوائبهن ولا بيع جلود الميتة قبل الدباغ لانها غير منتفع بها قال عم لا تنتفعوا من الميتة باهاب ولا عصب وفي هذا ويجوز بيعها بعده اي بعد الدباغ لحل الانتفاع به شرعا ولذا قال وينتفع به فلا يجوز بيع لحوم الميتة ويجوز بيع جلد السبع المذبوح ولحمه الا لحم الخنزير وان كان المسنون فانه لا يطعم له لانه نجس كما في المحيط كذا في القهستاني ويباع عظمها اي عظم الميتة وينتفع به وكذا عصبها وقرنها وصوفها وشعرها ووبرها وريشها ومنقارها وظلفها وحافرها لان هذه الاشياء لا تحلها حيوة فلا يحلها الموت وكذا عظم الفيل خلافا لمحمد فان عنده نجس عين في حكمه وعندهما هو كسائر السباع نجس السؤر واللحم لا العين فيجوز بيع عظمه والانتفاع به في الحمل والمقاتلة والركوب فكان كالكلب يجوز الانتفاع به وروى ان النبي اشترى لفاطمة رضها سوارين من عاج وظهر استعمال الناس له من غير نكير ومنهم من حكى اجماع العلماء على جواز بيعه وفي البخاري قال الزهري في عظام الميتة نحو الفيل وغيره ادركت ناسا من سلف العلماء يمتشطون بها ويدهنون فيها لا يرون باسا وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة منع بيع القرد وروى الحسن انه يجوز بيعه وهو المختار ولانه مما ينتفع به في بعض الاشياء كذا في فتح القدير قال في البدائع ويجوز بيع الفيل بالاجماع لانه منتفع به حقيقة مباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق فكان مالا ولا ينعقد بيع الحية والعقرب وجميع هوام الارض كالوزغة والضب

والسلحفاة والقنفذ ونحو ذلك لانها محرمة الانتفاع بها شرعًا لكونها من الخبائث فلم تكن اموالًا فلم يجز بيعها وذكر
في الفتاوى انه يجوز بيع الحية التي ينتفع بها للادوية وهذا غير سديد لان المحرم شرعًا لا يجوز الانتفاع به للتداوي
كالخمر والخنزير قال عم لم يجعل الله شفاءكم فيما حرم عليكم فلا تقع الحاجة الى شرع البيع ولا ينعقد بيع شيء مما يكون
في البحر كالضفدع والسرطان الا السمك وقد ورد ان النبي عم نهى عن قتل الضفدع يجعل في دواء وقال
انه خبيثة من الخبائث انتهى كلام البدايع قال لا يجوز بيع علو سقط يعني اذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا
او سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان المبيع حينئذ ليس الا حق التعلي وهو ليس بمال لان المال
عين يمكن احرازها وامساكها ولا هو متعلق بالمال بل هو حق متعلق بالهواء وليس الهواء مالًا يباع والمبيع
لا بد ان يكون احدهما بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعًا للارض باتفاق الروايات فيما اذا كان الشرب
شرب تلك الارض اما اذا باع ارضًا مع شرب غيرها ففي صحة بيعه اختلاف المشايخ والصحيح انه لا يجوز مفردًا
كبيع الشرب يومًا او يومين حتى تزداد نوبته وجوزه مشايخ بلخ كابي بكر الاسكاف ومحمد بن سلمة لان
اهل بلخ تعاملوا ذلك لحاجتهم اليه والقياس يترك بالتعامل كما جوز السلم للضرورة والاستصناع للتعامل
ولانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن اما ضمانه بالاتلاف فبان سقى ارضه بشرب غيره فهو رواية
البزدوري وعلى رواية شيخ الاسلام لا يضمن وقيل يضمن اذا جمع الماء ثم اتلفه ولا يضمن قبل الجمع واما انه
حظ من الماء وهو عين او شيء متعلق بالعين فاورد عليه انه لو كان عينًا ينبغي ان لا يجوز بيعه اذا لم
يكن فيه ماء واجيب بانه انما جوز للضرورة وهو بعرضية وجوده كالسلم والاستصناع ثم بتقدير انه حظ
من الماء فهو مجهول المقدار فلا يجوز بيعه وهذا وجه منع مشايخ بخارى بيعه مفردًا قالوا وتعامل اهل بلدة
واحدة ليس هو التعامل الذي يترك به القياس بل ذلك تعامل اهل البلاد ليصير اجماعًا كالاستصناع
والسلم لا يقاس عليه والضرورة في بيع الشرب مفردًا على العموم منتفية بل ان تحقق لحاجة لبعض الناس في
بعض الاوقات وهذا العذر لا يخالف القياس واعلم انه لو باع العلو قبل سقوطه جاز فان سقط قبل القبض
بطل البيع لهلاك المبيع قبل القبض قال ولا المسيل ولا هبته وصح اي بيع وهبته في الطريق المسئلة تحتمل وجهين ان يكون
المراد بيع رقبة الطريق والمسيل وان يكون المراد بيع حق المرور الذي هو التطرق والتسييل فان كان الاول
وهو بيع رقبة الطريق والمسيل اي مع اعتبار حق التسييل فوجه الفرق بينهما ان الطريق معلوم لان له
طولًا وعرضًا معلومًا فان بينه فلا اشكال في حق نفسه وان لم يبينه جاز ايضًا فانه يجعل مقدار باب الدار
العظمى وطوله الى السكة النافذة اما المسيل فمجهول لانه لا يدري قدر ما يشغله الماء وان كان المراد الثاني
وهو مجرد حق المرور والتسييل ففي بيع حق المرور مجردًا روايتان على رواية الزيادات لا يجوز وبه اخذ الكرخي
لجهالته وعلى رواية كتاب القسمة يجوز وهو قول عامة المشايخ وصحح الفقيه ابو الليث رواية الزيادات المانعة
من جواز بيعه لان بيع الحقوق المجردة لا يجوز كالتسييل في حق المرور واتفقت الروايات على ان بيع حق التسييل
لا يجوز فوجه الفرق بين حق المرور وحق التسييل على الرواية المجيزة لبيع حق المرور ان حق المرور معلوم لتعلقه
بمحل معلوم وهو الطريق اما التسييل فان كان على السطح فهو نظير حق التعلي وبيعه لا يجوز باتفاق الروايات
وان كان على الارض وهو ان يسيل الماء عن ارضه كيلا يفسدها فيمره على ارض لغيره فهو مجهول لجهالة
محله الذي يأخذه الماء قال ولا بيع مشخص على انه امة فاذا هو عبد يعني اذا اشترى هذه الجارية بالف فظهرت

غلاما

ولا بيع علو بعد سقوطه اي اذا كان علو لرجل وسفل لآخر فسقطا او سقط العلو
وبقي السفل فباع صاحب العلو علوه بطل البيع لان المبيع بعد السقوط حق التعلي
ليس بمال ومحل البيع المال وهو ما يمكن احرازه وقبضه وانما البيع معه
لا غير وهو باعتبار البناء القائم وهو لم يبق
قبل السقوط

غلاما فالبيع باطل لعدم المبيع وهذه وامثالها تبتني على الاصل الذي تقدم في المهر انه اذا اجتمع التسمية
واشارة الى شيء كما ذكرنا من هذه الجارية حيث اشار الى ذات وسماها جارية فان كان المسمى مع المشار
اليه جنسين مختلفين كانت العبرة للتسمية لان التسمية ابلغ في التعريف من الاشارة لان الاشارة تعرف
الذات الحاضرة والتسمية تعرف الحقيقة المندرجة فيها تلك الذات وغيرها من ذوات لا تحصى معروفة عند العقل
باشباهها لتلك الذات وغيرها ونحن في مقام التعريف فيتعلق بما التعريف فيه ابلغ وحينئذ يبطل العقد لعدم المبيع
الذي هو المسمى ذكره صاحب الهداية وهو الظاهر من قول محمد فانه عبر عنها بقوله لا بيع بينهما وقيل هو فاسد ولو باع
كبشًا فاذا هو نعجة صح البيع وخير وذلك لان التسمية والاشارة اذا كانا من جنس واحد الا ان اختلافهما
بالصفة فاحش كان ايضًا كاختلاف الجنس فيكون البيع باطلًا وان كان قليلًا اعتبرت الاشارة فينعقد البيع
لوروده على مبيع قائم الا انه ذكر فيه وصفًا مرغوبًا فيه فلم يجده المشتري فيثبت له الخيار ونقل القدوري عن زفر انه
جعل الذكر والانثى من بني آدم كالذكر والانثى من غيرهم فحكم بجواز البيع واجيب بالفرق بفحش اختلاف الاغراض
منهما فالحقا بالجنسين فالغلام يراد للخدمة الخارجة كالزراعة والتجارة والجارية والانثى للخدمة الداخلة كالعجن والطبخ
والاستفراش بخلاف الغلام فكان اختلافهما كاختلاف الجنس قال لا يجوز عندنا شراء ما باع باقل مما باع من الثمن
فلو باع من البايع بمثل الثمن الاول او اكثر جاز قبل نقد كل الثمن الاول او بعضه وكذا لا يجوز لو اشتراه عبده
او مكاتبه ولو اشترى ولده او والدته او زوجته فكذلك عنده وعندهما يجوز لتباين الاملاك فكان كما اشتراه
آخر وهو يقول كل منهم بمنزلة الآخر ولذا لا تقبل شهادة احدهما للآخر ولو اشترى وكيل البايع باقل من الثمن الاول
جاز عنده خلافًا لهما لان تصرف الوكيل يقع عنده لنفسه ولذا يجوز للمسلم ان يوكل ذميًا بشرى خمر وبيعها عنده
ولكن ينتقل الملك الى الموكل حكمًا فكان كما لو اشتراه لنفسه فمات فورثه البايع وعندهما عقد الوكيل كعقده
ولو اشتراه وارثه يجوز في ظاهر الرواية عنهم ولو باعه المشتري من رجل او وهبه ثم اشتراه البايع من ذلك الرجل
يجوز لاختلاف الاسباب بلا شبهة وبه يختلف المسببات وبقولنا قال مالك واحمد وقيد بقوله قبل نقد الثمن
لان ما بعده يجوز بالاجماع باقل ولذا لو باعه بعرض قيمته اقل من الثمن وقال الشافعي يجوز كيف ما كان كما
لو باعه من غير البايع باقل من الثمن او منه بمثل الثمن الاول او اكثر او بعرض قيمته اقل من الثمن بجامع قيام الملك
فيه لانه هو المطلق في الاصول التي عينا ولو باعه بذهب قيمته اقل من الدراهم الثمن لا يجوز عندنا استحسانًا
خلافًا لزفر قاسه على العرض وجه الاستحسان انهما جنس واحد من حيث كونهما ثمنًا ومن حيث وجب ضم احدهما
الى الآخر في الزكوة فيبطل البيع احتياطًا ولنا قول عائشة رضها لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعد ما اشترت
بثمانمائة بئس ما شريت واشتريت ابلغي زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطل حجه وجهاده مع رسول الله عم
ان لم يتب ولان الثمن لم يدخل في ضمان البايع قبل قبضه فاذا عاد اليه عين ماله بالصفة التي خرج بها من
ملكه وصار لبعض الثمن قصاصًا بقي له عليه فضل بلا عوض فكان ذلك ربح ما لم يضمن وهو حرام بالنص قال ولذا
لا يجوز شراؤه اي شراء ما باع البايع مع غيره بثمنه الاول قبل نقده ويصح في الغير بحصته يعني من اشترى جارية
مثلًا بخمسمائة ثم باعها واخرى معها من البايع بخمسمائة قبل نقد الثمن فالبيع باطل في تلك الجارية وجائز في
التي لم يشترها من البايع وهذه فرع المسئلة السابقة وذلك انه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم
يشترها منه فيكون مشتريًا الاخرى والتي باعها باقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في

صاحبتها وهي التي ضمت اليها ولا يشيع الف لانه ضعيف لكان الاجتهاد فيه وكذا لا يجوز شراء زيت وهو في
الزيتون على ان يزنه بظرفه ويطرح عنه لكل ظرف مقدار معين اى خمسة ارطال مثلاً لانه شرط نافع لا يقتضيه
العقد وان شرط طرح مثل وزن الظرف يصح لانه شرط يقتضيه العقد وهو شرط ان يتعرف قدر المبيع من
غيره ليخص بالثمن وان اختلفا في الظرف وقدره فالقول للمشتري مع يمينه الا ان يقيم البائع البينة لان
هذا الاختلاف ان اعتبر اختلافاً راجعاً الى تعيين الزق المقبوض والقول قول القابض ضميناً كان كالغاصب
او امينا كالمودع ولان البائع يدعى عليه زقاً آخر والمشتري ينكر وان اعتبر اختلافاً في قدر الثمن المقبوض فمرجعه
اختلاف في قدر الثمن فالقول للمشتري لانه ينكر الزيادة ولو امر مسلم ذمياً ببيع خمر او شرائها صح حتى يدخل
للخمر والخنزير في ملك المسلم الموكل فيجب ان يخلل الخمر او يريقها ويسيب الخنزير هذا في الشراء وفيما اذا كان
التوكيل بالبيع بان كانا في ملك المسلم خمر وخنزير وصورته ان يكون كافراً فيسلم عليهما او يموت قبل ان يزيلهما
وله وارث مسلم فيرثهما فيوكل كافراً ببيعهما فعليه ان يتصدق بثمنهما لتمكن الخبث فيه قال ع م ان الذي حرم
حرم بيعها واكل ثمنها حلالاً فالهما قال ابو يوسف ومحمد ومالك والشافعي واحمد لا يصح هذا التوكيل لان الموكل لا
يملك بنفسه فلا يملك توليته غيره فيه كما انه لما لم يملك تزويج المجوسية لا يملك توكيل غيره بتزويجه اياها ولابي حنيفة
ان الوكيل في البيع يتصرف باهلية نفسه لنفسه حتى لا يلزمه ان يضيف العقد الى موكله ويرجع حقوق العقد اليه حتى
يطالب بالثمن ويرد بالعيب وان ما يثبت للوكيل من الملك ينتقل الى الموكل فصار كانه باشر الشراء او البيع بنفسه
فلا يكون ويرد عليه انه اهل لبيع الخمر وشرائها شرعاً فلا مانع شرعاً من توكيله والمسلم الموكل اهل لان يثبت له ما يثبت
للوكيل من ثبوت الملك كما ذكرنا من صورة ثبوت الملك الجبري له فيهما فانتفى المانع الشرعي والملازمة الشرعية بين امتناع
التوكيل لامتناع مباشرته ممنوعة بمسائل منها ان الوكيل بشراء عبد بعينه لا يملك شراؤه لنفسه ويملك التوكيل بشرائه
لنفسه ومنها ان القاضي لا يملك بيع خمر او خنزير خلفه ذمي ويرجع امره الى القاضي ويملك توكيله به وكذا الوصي المسلم
للذمي لا يملك بيع خمره ويملك التوكيل به والمريض مرض الموت لا يملك البيع بما يتغابن في مثله اذا كان عليه ديون مستغرقة
ويجوز من وصيه بعد موته وكذا لا يبيع الام عرض لولده ووصيها اذا لم يكن من ميراثها اعلم انه بقي ان يقال اذا
كان حكم هذه الوكالة في البيع ان لا ينتفع بالثمن وفي المبيع ان يسيب الخنزير ويريق الخمر او يخللها بقي تصرفاً غير
معقب لفائدته وكل ما هو كذلك ليس بمشروع وقد روي عن ابي حنيفة ان هذه الوكالة مكروهة اشد ما يكون من
الكراهة وهي ليس الا كراهة التحريم فاي فائدة في الصحة وكذا الطلاق لو امر المحرم غيره ببيع صيده لما ذكرنا ولو شرى
كافر عبداً مسلماً او مصحفاً صح ويجبر الكافر على اخراجهما اى اخراج العبد المسلم والمصحف من ملكه اعلم ان البيع بالشرط
ثلاثة انواع الاول البيع والشرط جائزان والثاني البيع جائز والشرط فاسد والثالث كلاهما فاسدان فاشار
المصنف الى الاول بقوله والبيع بشرط يقتضيه العقد او لا يقتضيه لكن يثبت تصحيحه شرعاً لا جرم رد له كشرط الاجل في
الثمن والمثمن في الثمن وشرط الخيار فكذلك هو صحيح للاجماع على ثبوته شرعاً ورخصة ولا يقتضيه وليس مما يثبت
كذلك لكنه متعارف كشراء النعل على ان يحذوه البائع او يشرّكه فهو ايضاً جائز لما سيأتي وكذا اذا لم
يكن كذلك ولكن يتضمن التوثق بالثمن كالبيع بشرط كفيل بالثمن حاضر وقبل الكفالة او بان يرهنه به رهناً
معلوماً بالاشارة او التسمية فهو جائز ايضاً على الصحيح خلافاً لزفر صحيح كشرط الملك للمشتري كثبوته بدون
الشرط وكذا اشتراط ان يحبس المبيع الى قبض الثمن ونحوه فيجوز لانه مؤكد لموجب العقد والى الثاني بقوله وكذا بشرط

لايقتضيه

لا يقتضيه العقد ولا نفع فيه لاحد كشرط ان لا يبيع الدابة المبيعة فانها ليست باهل للنفع بخلاف ما لو شرط ان لا
يبيع المشتري العبد لانه يعجبه ان لا يتداوله الايدي وكذا على ان يخرجه من مكة مثلاً وفي الخلاصة اشترى عبداً
على ان يبيعه جاز وعلى ان يبيعه من فلان لا يجوز لان له طالباً وكذا اذا كانت المنفعة لغير العاقدين ومنه اذا باع ساحة
على ان يبني بها مسجداً او طعاماً على ان يتصدق به فهو فاسد اما لو كان المبيع ثوباً او حيواناً غير آدمي فقد خرج الجواب
مما ذكر في المزارعة من احد المزارعين اذا شرط فيها ان لا يبيع الآخر نصيبه او يهبه ان المزارعة جائزة والشرط باطل لانه
ليس لاحد العاملين فيه منفعة وكذا ذكر الحسن في المجرد والى الثالث بقوله ولو بشرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد
العاقدين او لمبيع يستحق النفع بان يكون آدمياً فهو فاسد لانه عم نهى عن بيع وشرط واستثنى من هذا ما
ورد الشرع بجوازه كشرط الخيار والاجل وما جرى فيه التعامل كبيع عبد نظير الشرط الذي فيه نفع للمبيع على ان يعتقه
المشتري خلافاً للشافعي فانه يقيس على بيع العبد نسمة وتفسير البيع نسمة ان يباع ممن يعلم انه يعتقه لا ان
يشترط فيه ولنا النهي عن البيع بالشرط او يدبره او يكاتبه او بيع امة على ان يستولدها فلو عقد البيع بشرط العتق
واعتقه المشتري يعني بعد ما قبضه بخلاف ما لو اعتقه قبل القبض فانه لا يعتق بالاجماع لانه لا يملكه قبل القبض
البيع عاد البيع صحيحاً عند ابي حنيفة رح فيلزم الثمن وعندهما لا يعود صحيحاً فيلزم القيمة لهما انه تلف بعد ان ملكه
بالقبض في بيع فاسد فلا ينقلب جائزاً كما لو تلف بوجه آخر من موت او قتل او بيع او هبة وقياساً على تدبيره
واستيلادها فان هناك الضمان بالقيمة اتفاقاً وله ان شرط العتق وان كان لا يلائم العقد لما في نفسه العقد
الاطلاق والتخيير ولكنه من حيث حكمه وهو ثبوت الحرية يلائمه لان العتق منه الملك الذي هو اثر البيع والشيء باثنتهاء
يتقرر وجوده والفاسد لا تقرر له فيكون صحيحاً ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب اذا اطلع بعد ان عتقه
بخلاف ما اذا تلف بوجه آخر لانه لم يصر به هذا الشرط ملائماً فيبقى على مجرد جهة المفسدة ولذا لو مات لا ينقلب صحيحاً
لان بموته لا يصير شرط العتق ملائماً فكذا شرط التدبير لا يصير العقد صحيحاً او شرط ان يستخدمه اى المبيع شهر
قيد به لان الخيار اذا كان ثلاثة ايام مثلاً جاز ان يشترط فيه الاستخدام او يسكنها اى يسكن البائع الدار
المبيعة او لا يسلمها الى رأس الشهر او يقرضه المشتري درهماً في الولوالجي لو قال بعتك هذه الدار بالف على ان
يقرضني فلان الاجنبي عشرة دراهم فقبل المشتري ذلك البيع لا يفسد البيع لانه لا يلزم الاجنبي ولا خيار للبائع
لانه لو ثبت انما يثبت اذا لم يسلم له ما شرط في البيع على المشتري وقد سلم له ذلك او يهدي المشتري له اى للبائع
هدية او يقطع البائع الثوب المبيع قباء او قميصاً للمشتري او يحذو البائع النعل بان اشترى اديماً على ان
يجعله البائع نعلاً او يشركه اى يجعل البائع للنعل شراكاً وقد صح البيع ويلزم الشرط في النعل استحساناً للتعامل
وقد جوزنا الاستصناع مع انه بيع المعدوم ومن انواعه شراء الصوف المنسوج على ان يجعله البائع قلنسوة
او قلنسوة بشرط ان يبطن بطانة من عنده وهذا نوع آخر من الشرط وهو البيع بشرط ان يبر كذا وما تقدم كان
المشروط معدوماً فيشترط ان يفعل من هذا ذكر هشام عن محمد اشترى شاة على انها حامل يفسد البيع وعن
الشافعي قولان واصحهما يصح وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح وقال بعض اصحابه القولان في غير الآدمي اما في
الجواري يصح قولاً واحداً وهو قولنا ذكر هشام عن محمد اشترى جارية على انها حامل يجوز البيع الا ان يظهر
ان المشتري يريدها للظئرة فيفسد وعن الهندواني شرط الحبل ان وجد من البائع لا يفسد لان البائع
يذكره على بيان العيب عادة ولو وجد من المشتري يفسده لانه ذكره على وجه اشتراط الزيادة ولو شرط في الشاة

انها حلوب او لبون لم يذكره محمد واختلف فيه فالكرخي يفسده والطحاوي لا يفسده وهو قول الثلاثة فني لانه مرغوب
فيه والوجهان لا يجوز لوقوع المنازعة في ان معنى الحلوب ما يكون لبنها بهذا المقدار او اكثر من هذا الى غاية كذا
ولو باع رقبة الطريق على ان له حق المرور او السفل على ان له قرار العلو جاز ولو باع عبدين على انه شريك
المشتري في نصف هذا فسد ولو قال في نصفيهما جاز كما لو باع هذا الثوب وقال انا شريك في نصفه ولو باع امة بشرط
ان يطاها المشتري او ان لا يطاها فسد البيع عند ابي حنيفة رح فيهما لما عرفت ان مقتضى العقد الاطلاق
وهذا تعيين احد الجائزين وعند ابي يوسف يفسد في الثاني لما قلنا ويصح في الاول لان العقد يقتضيه وعند
محمد يصح فيهما ولو كان في الشرط ضرر كان شرط ان يتوض اجنبيا لا يفسد العقد كذا في فتح القدير ولا يجوز بيع امة الا
حملها الاصل الممهد لتعريف ما يصح استثناؤه من العقد وما لا يصح ان ما يصح افراده من العقد يصح استثناؤه
منه وما لا فلا فالحمل من قبيل الثاني لانه بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به خلقة كرجل الشاة واليتها حتى انه يعرض
عنها بالمقراض واطراف الحيوان لا تنفرد بالعقد اجماعا ومن فروعه بعتك هذه الصبرة الا قفيزا منها بكذا يجوز
لان افراد قفيز منها بالبيع يجوز بخلاف ما لو قال بعتك هذا القطيع من الغنم الا شاة بالف فانه لا يجوز لانه لا يجوز
شراء شاة من هذا القطيع بغير عينها حتى لو استثنى هذه الشاة فانه يجوز لانتفاء الجهالة وكذا الحال في كل عددي
متفاوت ومنه ما اذا باع حيوانا واستثنى ما في بطنه لنهيه عم عن بيع الحبل واما ان ما لا يفرده بعقد لا يجوز
استثناؤه فلان الاستثناء انما يخرج بعض ما تناوله الصدر عن حكمه وما يدخل تبعا ليس مما يتناوله اللفظ كالمفاتيح
لا يتناولها اسم الدار فلا تستثنى ثم اذا لم يصح الاستثناء بقي شرطا فاسدا وفيه نفع للبايع والبيع مما يبطل به فروع
باع صبرة بمائة الا عشرها فله تسعة اعشارها بجميع الثمن ولو قال على ان عشرها لي فله تسعة اعشارها بتسعة اعشار
الثمن خلافا لما روي عن محمد انه بجميع الثمن فيهما وعن ابي يوسف لو قال ابيعك هذه المائة شاة بمائة على ان هذه لي او
ولي هذه فسد ولو قال الا هذه كان ما بقي بمائة ولو قال ولي نصفها كان النصف بخمسين ولو قال بعتك هذا العبد
بالف الا نصفه بخمسمائة عن محمد جاز في كله بالف وخمسمائة لان المعنى باع نصفه بالف لانه الباقي بعد الاستثناء
والنصف المستثنى عن بيعه بخمسمائة ولو قال على ان لي نصفه بثلاثمائة او مائة دينار فسد لادخال صفقة
في صفقة ولو قال بعتك الدار الخارجة على ان تجعل لي طريقا الى داري هذه الداخلة فسد البيع ولو قال الا طريقا الى
داري الداخلة جاز وطريقه عرض باب الدار الخارجة ولو باع بيتا على ان لا طريق للمشتري في الدار وعلم ان بابه في
الدهليز يجوز ولو زعم ان له طريقا فظهر ان لا طريق له يرد ولو باعه بالف دينار الا درهما او الا ثوبا او الا كر حنطة
او هذه الشاة الا واحدة لا يجوز ولو كانت بعينها جاز ولو باع دارا على ان لا بناء فيها فاذا فيها بناء فالبيع
فاسد لانه يحتاج الى نقض البناء ولو باعها على ان بناءها من آجر فاذا هو من لبن فهو فاسد بناء على انهما جنسان
كما لو باعه ثوبا على انه هروي فظهر بلخيا ولو باع الارض على ان فيها بناء فاذا لا بناء فيها او اشتراها بشجرها
وليس فيها شجر جاز وله الخيار وكذا لو باع بعلوها وسفلها فظهر ان لا علو لها ومثله لو اشترى باجذاعها
الكل في فتح القدير ولا يجوز البيع الى النيروز وهو اول يوم من الربيع واصله نوروز عرب والمهرجان وهو
اول يوم من الخريف معرب مهركان والى صوم النصارى وفطر اليهود قيل وتخصيصه اليهود بالفطر ظاهر في
ان ابتداء صومهم غير معلوم ان لم يعلم العاقدان ذلك المذكور من الاوقات لجهالة الاجل هكذا علل
المسائل في الهداية فعرف بهذا ان المراد بالمؤجل بها هو الثمن لا المبيع لان مجرد تاجيل المبيع مفسد وان الفساد

بالتاجيل

بالتاجيل الى هذه بناء على عدم معرفة خصوص اوقاتها عند المسلمين فلو كانا يعلمان ذلك صح والحاصل ان
المفسد الجهالة فاذا انتفت بالعلم بخصوص هذه الاوقات جاز ولذا قالوا اذا كان التاجيل الى فطر النصارى
بعد ما شرعوا في صومهم جاز لان مدة صومهم الايام المعلومة وهو خمسة وخمسون يوما واعلم ان كون التاجيل
في الثمن يصح اذا كان الاجل معلوما انما هو في الثمن الدين اما لو كان ثمنا عينا فيفسد البيع بالاجل فيه لما مر
من ان التاجيل مخصوص بالديون ولا يجوز التاجيل في الاعيان ولا يصح البيع الى الحصاد بفتح الحاء وكسرها
والدياس وهو ان يوطا الحب بقوائم الدواب ونحوها لينقشر واصله الدواس بالواو والقطاف بكسرها هو
قطع العنب والجزاز وهو قطع الزرع والنخل والصوف والشعر وقدوم الحاج لانها قد تتقدم وتتاخر ه
ويصح الكفالة الى هذه الاوقات لان هذه جهالة يسيرة متحملة في الكفالة لانها عقد تبرع مبني على المسامحة
ثم قيل اليسيرة ما تكون الموجب للجهالة التردد في التقدم والتاخر والفاحشة ما يكون التردد في نفس الوجوب
كهبوب الريح فان باع مؤجلا الى هذه الاوقات ثم اسقط المشتري الاجل بان قال ابطلته او تركته لا برئت
منه او لا حاجة لي فيه قبل حلوله اي حلول الاجل صح البيع كما جاز اذا عقد بلا اجل ثم لحق هذه الاجال وقال زفر لا يجوز
ويفسد ولو اجل الى نحو هبوب الريح ونزول المطر ثم اسقطه لا يعود صحيحا اتفاقا قال لان العقد فاسد فلا ينقلب
صحيحا فصار كاسقاط الاجل في النكاح الى اجل وكالاشهاد عليه بعد عقده بلا شهود لا ينقلب جائزا وبيع
الدرهم بالدرهمين اذا اسقط الدرهم لا يعود صحيحا ولنا ان هذه الجهالة في مانع لزوم العقد البدلان
مع وجود المقتضي للصحة وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي فاذا زال المانع قبل وجود ما يقتضي سبب
الفساد وهو المنازعة عند المطالبة الكائنة عند مجيء الوقت ظهر عمل المقتضي وهو معنى انقلابه صحيحا بخلاف ما قاس
عليه من الاشهاد المتاخر فان عدم الاشهاد وعدم الشرط والعبد وقوع المشروط فاسدا لعدم الشرط لا يجوز
ذلك بعينه صحيحا مثلا اذا صلى بلا وضوء ثم توضا لا تنقلب تلك الصلوة صحيحة وانما نظير ما نحن فيه ان يتوضا
قبل عمل المفسد وهو عدم الشرط وذلك قبل الصلوة واما النكاح الى اجل فليس هو عقد النكاح بل عقد آخر او وجد
له في الشرع بعد نسخ المتعة وعقد من العقود لا ينقلب عقدا آخر فلا يصح اسقاط الدرهم في صلب العقد وكذا يصح
لو باع مطلقا اي عن ذكر الاجل ثم اجل الى هذه الاوقات لان التاجيل بعد الصحة كالكفالة يتحمل الجهالة اليسيرة لانه
تاجيل دين من الديون بخلافه في صلب العقد كذا في الهداية وشروحها وقال في فتاوى قاضيخان رجل باع شيئا
بيعا جائزا واخر الثمن الى الحصاد او الدياس عن الشيخ الامام انه قال يفسد البيع في قول ابي حنيفة وعن محمد انه لا
يفسد البيع ويصح التاجيل لان التاخير بعد البيع تبرع فيقبل التاجيل الى الوقت المجهول كما لو كفل بمال الى الحصاد
او الدياس قال القاضي الامام ابو علي النسفي هذا يشكل بما اذا اقرض رجلا وشرط في القرض ان يكون مؤجلا
لا يصح التاجيل ولو اقرض ثم اجل لا يصح ايضا فكان الصحيح من الجواب ما قال الشيخ الامام انه يفسد البيع اجله الى
هذه الاوقات في البيع او بعده انتهى ومن باع نصيبه من دار يجوز ان علمه المتعاقدان خلافا لابي يوسف ه
ويكفي علم المشتري عند محمد **فصل** قبض المشتري المبيع بيعا باطلا لا يملكه وهو اي المبيع امانة في يده
اي يد المشتري عند البعض وهو ابو نصر احمد الطواويسي وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة لان العقد غير معتبر
فبقي مجرد القبض باذن المالك وذلك لا يوجب الضمان قال في البزازية اشترى مسلم من ذمي خمرا وشربه لا
يلزمه الثمن ولا يلزمه الضمان لبطلان الشراء والشرب باذنه والاذن في العقد الباطل معتبر انتهى وفي عبارة

وتفسخ العقد والافتراق

القنية هكذا اذا اشترى مسلم من ذمي خمرا ليشربها فالشراء باطل لا ضمان على المشتري ولا ثمن عليه وانما لم يجب
الثمن لانه مسلم ولا بو اخذ المسلم بثمن الخمر ولا ضمان عليه لانه اتلفها باذن الذمي لانه لما باعها فقد سلطه
على اتلافها ومن اتلف مال الآخر باذنه لا ضمان عليه كمن قتل دابة غيره باذنه وكمن قطع عضو انسان
باذنه فلم يضمن كذا ههنا انتهى ومضمون بالمثل او القيمة عند البعض وهو شمس الائمة السرخسي وهو قول الائمة
الثلاثة لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم الشراء قال قاضي خان والبيع الفاسد عند ابي حنيفة
والمشتري بالميتة والدم لا يملك وان قبض فان هلك عند المشتري في رواية لا يضمن وذكر شمس الائمة السرخسي
انه يضمن هو الصحيح انتهى وقيل الاول قول الامام والثاني قولهما اخذا من الاختلاف الكائن بينهم فيما لو بيع
مدبر او ام ولد فماتت في يد المشتري حيث لا يضمن عنده خلافا لهما ولمن يبصر المروي عنه من عدم الضمان
ان الضمان في المقبوض على سوم الشراء ان قلت انه عند صحة كون المسمى ثمنا كالدراهم سماه وهو
منتف في تسمية المحرم كالخمر وان قلت عند التسمية مطلقا منعناه فيجب تفصيل وهو انه ان كان البطلان
لعدم مالية الثمن اصلا لا يضمن وان كان لعدم المبيع كما لو باعه على انه ياقوت فاذا هو زجاج بثمن صحيح دراهم
مثلا فقبضه يصير مضمونا ولو قبض المشتري المبيع بيعا فاسدا باذن بايعه في المجتبى في التخلية اختلاف
الروايات والاصح انها ليست بقبض وفي الخلاصة التخلية كالقبض في بيع الفاسد في بيع الجامع الكبير وفي المحيط
باع عبدا من ابنه الصغير فاسدا او اشترى عبده لنفسه فاسدا لا يثبت الملك حتى يقبضه ويستعمله وفي جمع التفاريق
لو كان وديعة عنده وهو حاضرة ملكها كذا في فتح القدير صريحا او دلالة كقبضه في مجلس عقده ولم ينهه باتفاق
الروايات وكذا اذا قبضه في مجلس العقد بغير اذنه على الصحيح واما لو قبضه في غير ذلك المجلس بحضرته ولم ينهه
فلا يصح قبضه قياسا واستحسانا والحال ان كل واحد من عوضين مال ملكه ملكا خبيثا حراما فلا يحل للمشتري الاكل
والشرب واللبس والوطي وقيل يحل وفيه اشارة الى انه يملك عين المبيع ولهذا اثبت الشفعة بالدار المشتراة
شراء فاسدا كما ذهب اليه مشايخ بلخ وقال مشايخ العراق انه لا يملك ولذا قالوا ان الشفعة غير ثابتة به واما
تصرفه فيه فبتسليط المالك وان كره والاول اصح كما في الزاهدي وغيره كذا في القهستاني قال في قاضي خان
اذا اشترى طعاما شراء فاسدا وقبضه يملكه ولا يحل له اكله وكذا لو اشترى جارية شراء فاسدا وقبضها يملكها
ولا يحل له وطئها انتهى ثم ذلك الملك اذا لم يكن في ذلك البيع خيار شرط لان الصحيح اذا كان مع خيار لا يملك فكيف
بالفاسد ولزمه لا يخفى ان لزوم القيمة عينا انما هو بعد هلاك المبيع في يد المشتري اما مع قيامه في يده فالواجب
رده بعينه وقال الشافعي لا يملكه وان قبض لان البيع الفاسد محظور فلا ينال به نعمة الملك لان النهي نسخ
للمشروعية للتضاد بين المشروعية والنهي ولنا ان ركن البيع صدر عن اهله في محله والكلام مفروض فيما
اذا كان في العقد عوضان هما مالان وقوله نعمة الملك لا تنال بالمحظور قلنا ممنوع بل ما وضعه الشرع سببا للحكم
اذا نهى عنه على وضع خاص ففعل مع ذلك الوضع رأينا من الشرع انه اثبت حكمه واتم اصله الطلاق وضعه
لازالة العصمة ونهى عنه بوضع خاص وهو ما اذا كانت المرأة حائضا ثم رأيناه اثبت حكمه بطلاق الحائض
فاذا زال بالعصمة حتى امر ابن عمر بالمراجعة رفعا للمعصية بالقدر الممكن واثم المطلق فصار هذا اصلا
في كل سبب شرعي نهي عن مباشرته على الوجه الفلاني اذا بوشر معه يثبت حكمه ويعصي به وهذا بخلاف
ما اذا لم يكن الفائت ركن العقد بان لم يكن مالا بان عقد على الخمر او الميتة لعدم الركن فلم يوجد السبب اصلا

فلا يفيد

فلا يفيد الملك لهلاكه او لاستهلاكه كما سيأتي مثله ولو رده المشتري المبيع بيعا فاسدا على البايع فلم يقبله فاعاد
المشتري الى منزله فهلك في يده لا يضمن كالغاصب اذا رد المغصوب الى المغصوب منه فلم يقبله فحمل الى منزله فضاع
عنده لا يضمن لان يكون امانة وفي الخانية هذا اذا كان فساد البيع متفقا عليه وان كان مختلفا فيه لا يبرأ المشتري
عن الضمان الا بقبول البايع او بقضاء القاضي على الفسخ كذا في شرح المجمع حقيقة ان كان المبيع من ذوات الامثال
كالكيلي والوزني ومنها العدديات المتقاربة لانه مضمون بنفسه بالقيمة او مثله معنى كالقيمة يعني قيمته يوم القبض
ولو زادت قيمته في يده فاتلفه لانه انما دخل في ضمانه بالقبض فلا يتغير كالغصب وقال محمد عليه قيمته يوم تلفه لانه
بالاستهلاك تقرر عليه الضمان فتعتبر قيمته كذا في الكافي في القيمي كالحيوان والعروض والقول في المثل والقيمة
قول المشتري لانه الضامن والقول لمنكر الزيادة في القدر والبينة فيه بينة البايع الكل في فتح القدير ولكل واحد منهما
اي البايع والمشتري فسخه اي فسخ البيع الفاسد رفعا للمعصية ولا يخفى ان رفعه حق الله تعالى لا حق العاقدين
لانهما راضيان بالعقد فنفس العقد مكروه شرعا والجري على موجبه بالتصرف في المبيع بتمليك او انتفاع بوطي او
لبس او اكل او نحو ذلك مكروه ايضا لما فيه من تقرير المعصية وهي كراهة التحريم والوجه ان يكون حراما لان الاجماع
على منعه قطعا شرعي يوجب الحرمة فالواجب على المصان ليقول وعلى كل واحد فسخه لكنه اراد مجرد بيان ثبوت ولاية
الفسخ لكل واحد من العاقدين بل او رد اللام فاحفظه قبل القبض وبعده ما دام المبيع في ملك المشتري اذا كان الفساد
في صلب العقد كبيع درهم بدرهمين وان كان بشرط زائد كشرط ان يهدي له هدية فكذا لكل واحد منهما حق
الفسخ قبل القبض واما بعده فالفسخ لمن له الشرط لا لمن عليه الشرط حاصل المنقول في المسئلة انه اذا كان
الفساد في صلب العقد وهو ما يرجع الى الثمن او المثمن كبيع درهم بدرهمين او ثوب بخمر فيملك كل فسخه بحضرة
الآخر عندهما لانه وان كان حق الشرع ففيه الزام لموجب الفسخ فلا يلزمه الا بعلمه وعند ابي يوسف بغير حضرته ايضا
وان كان الفساد بشرط زائد كالبيع على ان يهدي له هدية او يقرضه او الى اجل مجهول فكل واحد يملك فسخه قبل القبض
واما بعد القبض فيستقل من له منفعة الشرط والاجل بالفسخ كالبايع في صورة الاقراض والمشتري في الاجل بحضرة
الآخر دون من عليه عند محمد لان منفعة الشرط اذا كانت عائدة عليه صح فسخه لانه يقدر ان يسقط الاجل
فيصح العقد فاذا فسخه فقد ابطل حقه لقدرته على تصحيح العقد وعندهما لكل منهما حق الفسخ لانه مستحق حقا
للشرع فانتفى اللزوم عن العقد والعقد اذا كان غير لازم تمكن كل منهما فسخه كذا في الذخيرة والايضاح والكافي
وهذا اذا كان المبيع في يد المشتري على حاله لم يزد ولم ينقص اما لو زاد المشتري في يد المشتري زيادة متصلة
متولدة من الاصل او منفصلة كذا او انتقص بآفة سماوية او بفعل الغير بايعا او مشتريا او اجنبيا فسيذكره
ولا يأخذه اي المبيع فاسدا البايع من يد المشتري حتى يرد البايع ثمنه لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن
وعلى هذا الاجارة الفاسدة والرهن الفاسد والقرض الفاسد اعتبارا بالعقد الجائز اذا تفاسخا فللمستأجر
ان يحبس ما استأجره حتى يأخذ الاجرة التي دفعها للموجر وكذا المرتهن حتى يقبض الدين لان هذه عقود معاوضة
فيجب التسوية بين البدلين فان مات البايع في البيع الفاسد او الموجر في الاجارة الفاسدة او الراهن او المقرض
كذلك فالمشتري احق به اي بالذي في يده المبيع او الرهن احق بثمنه من غرماء الميت حتى يأخذ ثمنه لانه مقدم عليه
في حيوته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته الا ان الرهن مضمون بقدر الدين والمشتري بقدر ما اعطى فما فضل
فللغرماء بخلاف ما اذا مات المحيل وعليه دين ولم يقبض المحتال الدين او الوديعة من المحتال عليه فانه لا يختص المحتال

بدين الحوالة او الوديعة مع ان دين المحيل صار مشغولاً بحق المحتال كما في الرهن لان الاختصاص انما يوجبه
ثبوت الحق مع اليد لا مجرد الحق ولا يد للمحتال ثم اذا كانت الدراهم الثمن التي دفعها قائمة بعينها يأخذها المشتري
بعينها لانها تتعين في البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب خلافاً لما ذكر ابو حفص انها لا تتعين كما في البيع
الصحيح وهو رواية كتاب الصرف واذا كانت مستهلكة اخذ مثلها لما مر كذا ذكره الهداية وقاضي خان وذكر في الفوائد
الظهيرية وفخر الاسلام وجماعة في شروح الجامع انه يباع المبيع لحق المشتري فان فضل شيء عما دفعه يصرف الى الغرماء
ولا شك انه غير لازم لان الواجب له بعد الاستهلاك مثل حقه المستهلك وهو الدراهم الكل في فتح القدير وطاب
اي حل للبائع ربح ثمنه من دراهم المبيع او دنانيره التي اخذها من المشتري فعمل بها فربح بعد التقابض لتملكه لا يطيب
للمشتري ربح مبيعه ولو بعد التقابض والاصل في هذا ان المال نوعان نوع لا يتعين في عقود المعاوضات
كالدراهم والدنانير ونوع يتعين وهو ما سواهما والخبث نوعان خبث في البدل لعدم الملك في المبدل وخبث
لفساد الملك فالخبث لعدم الملك يعمل في النوعين حتى ان الغاصب والمودع اذا تصرفا في المغصوب والوديعة
وهما عرض او نقد وادّيا ضمانهما وحصل ربح وجب التصدق به عند ابي حنيفة ومحمد لانه بدل مال الغير فيما يتعين
فيثبت فيه حقيقة الخبث وفيما لا يتعين اذا لم يكن ما اشتراه به بدل مال الغير لان العقد لا يتعلق به بل بمثله
في الذمة لكنه انما توسل الى الربح بالمغصوب او الوديعة فتمكن فيه شبهة الربح بمال الغير من حيث انه يتعلق
به سلامة المبيع ان نقد الدراهم المغصوبة او تقدير الثمن ان اشار الى الدراهم المغصوبة ونقد من غيرها
فيتصدق به لان الشبهة معتبرة كالحقيقة في ابواب الربوا والخبث لفساد الملك دون الخبث لعدم الملك فيوجب
شبهة الخبث فيما يوجب فيه عدم الملك حقيقة الخبث وهو ما يتعين كالجارية في مسئلتنا ويتعدى الى بدلها
وشبهة الشبهة فيما يوجب فيه عدم الملك الشبهة وهو ما لا يتعين وشبهة الشبهة غير معتبرة لان اعتبار
الشبهة خلاف النص فهو نهيه عن الربوا والريبة فلا يتعدى والى ما دونها كشبهة شبهة الشبهة وهي
وينسد باب التجارة وهو مفتوح فلذا يتصدق المشتري بالربح ويطيب للبائع ما ربح في الثمن ولا شك
ان هذا انما هو على الرواية القائلة انه لا يتعين النقود في البيع الفاسد اما على الرواية القائلة بتعين فحكم الربح
في النوعين كالغصب لا يطيب وقد ذكر صاحب الهداية ان رواية التعين في البيع الفاسد هو الاصح
فعلى الاصح وجوب التصدق على البائع ايضاً بما ربح في الثمن غير ان بهذه المسئلة بهذا التفصيل في طيب الربح
صريح الرواية في الجامع فان فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل اشترى من رجل جارية بيعاً فاسداً بالف
وتقابضا وربح كل واحد منهما فيما قبض قال يتصدق الذي قبض الجارية بالربح ويطيب الربح للذي قبض الدراهم
فتح فالاصح ان الدراهم لا يتعين في البيع الفاسد لا كما قال صاحب الهداية ثم هذا التفصيل قول ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف يطيب له الربح مطلقاً لان عنده شرط الطيب الضمان وقد وجد وعند زفر وان في لا يطيب في الكل
لان الدراهم والدنانير تتعين حتى لو اشترى بهذه الدراهم فهلكت يبطل البيع عندهما كما في البيع المعين وعندنا
لا يبطل وليس له ان يحبسها ويعطي مثلها عندهما كما طاب ربح مال ادعاه ثم تصادقا على عدمه فمن دعا
ربح فيه المدعي اي ربح المدعي في الدراهم التي قبضها على انها دينه يطيب له الربح لان الخبث لفساد الملك هنا
لان الدين وجب بالاقرار عند دعواه المال ثم استحق بالتصادق فكان المقبوض بدل المستحق وهو
الدين وبدل المستحق مملوك ملكاً فاسداً سواء كان عيناً او ديناً اما عيناً فبدليل ان من اشترى عبداً

بجارية

بجارية او ثوب ثم اعتق العبد واستحقت الجارية يصح عتق العبد فلو لم يكن بدل المستحق مملوكاً لم يصح العتق
اذ لا عتق في غير الملك والعبد بدل الجارية المستحقة واذا ملكه فاسداً فيما لا يتعين لا يعمل فيه خبثاً فطاب له
الربح وفي الجامع الكبير لقاضي خان بدل المستحق مملوك بدليل ما لو حلف لا يفارقه حتى يستوفي حقه فباع المديون
عبد الغير بذلك الدين وقبضه ثم استحق العبد لا يحنث لان المديون ملك ما في ذمته بهذا البيع فيكون مستوفياً
حقه فلم يحنث وبيان فساد الملك في بدل المستحق انه اذا استحق المبدل يجب رده ولا يبطل البيع فيتمكن
فيه شبهة عدم الملك ولو حصل الربح في دراهم غير مملوكة تتمكن فيه شبهة الخبث فاذا حصل من دراهم فيها
شبهة عدم الملك كان فيه شبهة شبهة الخبث فلا يعتبر واعلم ان ملكه باعتبار زعمه انه قبض الدراهم
بدلاً عما يزعم انه ملكه اما لو كان في اصل دعواه الدين متعمداً للكذب فدفع اليه لا يملكه اصلاً لانه متيقن
انه لا ملك فيه فان باع المشتري بيعاً صحيحاً ما شراه شراءً فاسداً صح بيعه لانه ملكه وكذا لو اعتقه المشتري
او وهبه لآخر وسلمه صح ذلك التصرف وسقط حق الفسخ للبائع لتعلق حق العبد بالعقد الثاني ونقض
الاول ما كان الا لحق الشرع وحق العبد عند معارضته حق الله تعالى يقدم باذن الله تعالى وسعة عفوه وجوده
وفقر العبد وضيقه ولا ينقض بالصيد اذا احرم مالكه وهو في يده حيث يقدم حق الشرع على العبد لانا نقول
الواجب عليه اطلاقه لا اخراجه عن ملكه فيطلقه بحيث لا يضيع عليه وهذا جمع بين الحقين ولا ينقض باسترداد
وارث البائع اذا مات البائع من المشتري مع انه تعلق به حق العبد وهو الوارث لان الحق المتعلق
للوارث هو نفس الحق الذي كان للمشتري وكان مشغولاً بحق البائع في الرد فينتقل اليه كذلك اما الموصى
له بالمبيع فكالمشتري الثاني فليس لورثة البائع استرداده منه لان له ملكاً متجدداً بسبب اختياري
لا بتصرف من المشتري الكل من فتح القدير وعليه اي على المشتري قيمته او مثله في البيع والهبة وثمنه في
العتق خلافاً لهما كذا في ايضاح ابن كمال ولو بنى المشتري في دار اشتراها فاسداً او غرس فيها اشجاراً
فعليه قيمتها وانقطع حق البائع في استردادها بالبناء والغرس عنده وقالا ينقض البناء والغرس ويردها
لهما ان حق الشفيع في الدار التي يستحق بها الشفعة اضعف من حق البائع بيعاً فاسداً في الاسترداد
بدليل انه يحتاج في ثبوت الملك له في الدار الى القضاء ويبطل بعد العلم والا يورث وحق هذا البائع في
الاسترداد لا يتوقف على قضاء ولا يبطل بالتأخير ويثبت لورثته والاتفاق على ان حق الشفعة الذي هو
الاضعف لا يبطل بالبناء والغرس فالاقوى منه وهو حق البائع اولى ان لا يبطل بهما وله ان البناء والغرس
مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط البائع فينقطع به حق الاسترداد كالبيع والهبة بخلاف حق
الشفيع فانه وان كان اضعف لم يوجد ما يبطله وهو تسليطه على الفعل اعني البناء والغرس فيعمل بمقتضاه
وهو النقض والقلع ولهذا لا يبطل بالبيع والهبة ايضاً بل يأخذها من يد المشتري الثاني بالشفعة لان
البيع ليس بتسليط منه وشك ابو يوسف في حفظ رواية محمد عن الامام لزوم قيمتها يعني لم يشك ابو يوسف
في مذهبه فان مذهبه معروف في هذه المسئلة وهو انه لا ينقض البناء ولكن يجب القيمة على المشتري
لكن شككه في رواية المسئلة على الوجه المذكور عن الامام ابي حنيفة ولكن لم يشك محمد في ان ما ذهب
اليه ابو يوسف رواه ابو يوسف بنفسه عن الامام وانه ليس محض رأي ابي يوسف من غير رواية عن الامام
وقد نص محمد على هذا الاختلاف في كتاب الشفعة فانه قال اذا بنى في الدار المشتراة شراءً فاسداً فللشفيع
خلافاً لهما

الشفعة عند ابي حنيفة وعندهما لا شفعة فهذا دليل على ان الرواية عن ابي حنيفة بها ثابتة لان حق الشفعة
في الدار المبيعة بيعا فاسدا مبني على انقطاع حق البائع في الاسترداد بالبناء بهذا ثم قولهما اوجه لان قول
ابي حنيفة ان البناء مما يقصد به الدوام ممنوع لاتفاق في الاجارة على ايجاب القطع فظهر انه قد يراد للبقاء
وقد لا ولما فرغ من البيع الفاسد شرع في المكروه فقال فكره لانه دون الفاسد ثم المكروهات كلها تحريمية لا نعلم خلافا
في الاثم النجش بفتح النون والجيم او سكونها ونهى عم عن النجش وهو ان يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب
غيره بعد ما بلغت قيمتها فانه تغرير المسلم ظلما فاما اذا لم يكن بلغت قيمتها فزاد الى القيمة لا يريد الشراء فجائز
لانه نفع مسلم من غير اضرار بغيره اذا كان شراء الغير بالقيمة وكره السوم اي الاستشراء بثمن كثير على سوم غيره
اي استشراء غيره بثمن قليل اذا رضيا ظرف للسوم الاول اي بثمن معلوم لم يبق بينهما الا العقد قال عم
لا يستام الرجل على سوم اخيه واذا نادى دلال على سلعة فطلبه انسان بثمن فقال الدلال اسأل المالك فلا
باس ان يزيد احد في هذه الحالة فان اخبر الدلال المالك بذلك فقال بعه به واقبض الثمن فليس لاحد
ان يزيد بعد ذلك كما في المحيط والكلام مشعر بجواز هذين البيعين كما في النظم وغيره لكنهما باطلان على ما
دل عليه كلام الظهيرية وكره تلقي الجلب اي استقبال من في المصر جلبا بفتحتين او السكون اي مجلوبا من طعام او
حيوان او غيره المضر صفة التلقي باهل البلد الذين جاؤا بالجلب وجاء اليهم فلو اضر بهم او لبس عليهم السعر
يكره والا لم يكره كما في المحيط وغيره وكره بيع الحاضر اي المقيم في المصر ما لا جلب ليباع بالثمن الغالي للبادي
اي لاجل المقيم بالبادية وقيل بيعه الطعام او العلف من البادي بذلك الثمن طمعا في غلاء الثمن من القحط
اي احتباس المطر فيكره اذا اضر باهل البلد والا لم يكره كما في الاختيار كذا في القهستاني في الصحيحين عن عبد
الله بن عباس رضه نهى رسول الله عم عن تلقي الركبان وان يبيع حاضر لباد قال الحلواني في قوله عم حاضر
لباد هو ان يمنع السمسار الحاضر القروي من البيع ويقول له لا تبع انت انا اعلم بذلك فيتوكل له ويبيع ويغالي
ولو تركه يبيع بنفسه لرخص على الناس وفي بعض الطرق زاد في قوله عم دعوا الناس يرزق الله بعضهم من
بعض وفي المجتبى بهذا التفسير صح ذكره في زاد الفقهاء لموافقته الحديث وكره البيع جالسا او قائما او واقفا
لا ماشيا الى الجمعة عند اذان الجمعة بعد الزوال الى ان يصلي قال تعالى اذا نودي للصلوة من يوم الجمعة الى قوله وذروا
البيع كانه يجعل الوقت من حين الاذان مشغولا بالصلوة الجمعة تعظيما لها كما قالوا في النهي عن الصلوة بعد صلوة
العصر قبل التغير وفيه زيادة انه قد يفضي الى الاخلال بواجب السعي على بعض الوجوه قال صاحب البداية كل ذلك
يكره اي لا يحل ولا يفسد البيع باتفاق علمائنا حتى يجب الثمن ويثبت الملك قبل القبض وهو قول الش في لكنه
يثبت الخيار في تلقي الركبان ومالك يبطل البيع فيه وفي النجش وكذا بيع الحاضر للبادي وبه قال احمد وعلل وجه الفقه
عند علمائنا بان الف فيه في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة واستشكله في الكافي لان البيع
يفسد بالشرط وهو خارج عن العقد ليس في صلبه قال الا ان يؤول الخارج بالمجاور وانت علمت ما عندنا في ذلك
لا يكره بيع من يزيد وهو صفة للبيع الذي في اسواق مصر المسمى بالبيع في الدلالة لانه عم باع قدحا وحلسا بيع
من يزيد فقال عم من يشتري هذين فقال رجل انا آخذهما بدرهم فقال عم من يزيد على درهم مرتين او ثلاثا فقال
رجل انا آخذهما بدرهمين فاعطاهما اياه واخذ الدرهمين فاعطاهما الانصاري وقال عم اشتر باحدهما
طعاما فانبذه الى اهلك واشتر بالآخر فاسا فائتني به فاتاه به فشد فيه رسول الله عودا بيده ثم قال اذهب

فاحتطب

فاحتطب وبع ولا اراك خمسة عشر يوما فذهب الرجل يحتطب ويبيع فجاء وقد اصاب عشرة دراهم فاشترى
ببعضها ثوبا وببعضها طعاما فقال عم هذا خير لك من ان تجيء المسألة نكتة في وجهك يوم القيمة ان المسألة
لا تصلح الا لثلاثة لذي فقر مدقع او لذي غرم مقطع او لذي دم موجع الكل من فتح القدير وصح البيع في الجميع اي
في هذه المسائل كلها لان النهي ليس لمعنى في العقد وشرائطه بل لمعنى خارج فيجوز كذا في الاختيار ومن ملك
قال صاحب البداية ههنا نوع منه اي من البيع المكروه اي الذي لا يحل على ما عرفت ان الكراهة تحريمية وانما فصله
لان الكراهة فيه لمعنى يرجع الى غير المعقود عليه وفيما تقدم لما يرجع اليه او لانها مسائل يجمعها معنى واحد وهو
التفريق بخلاف الاول لكن المص نظر الى مجرد معنى الكراهة وهو عام يشمل ما بعده كما قبله فلم يفصل يعني من ملك
مملوكين باي سبب فرض من اسباب الملك شراء او هبة او ميراثا صغيرين او كبيرا وصغيرا احدهما ذو رحم
محرم من الآخر لان المنع في قوله عم من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيامة وامثاله
مما ورد في الاخوين معلول بالقرابة المحرمة للنكاح فلا يدخل فيه محرم غير قريب كمحرم الرضاع وامراة الاب ولا قريب
غير محرم كابن العم ولا الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لانه خلاف القياس فيقتصر على مورده ومورده كان
في حرمة التفريق بين الوالدة وولدها والاخوين عبارة وبين الخال والخالة دلالة كره له ان يفرق بينهما ببيع
او هبة او وصية لان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده اي يصلح من شانه فكان في التفريق
قطع الاستيناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد اوعد عليه عم حيث قال من لم يرحم صغيرنا
ولم يعرف حق كبيرنا فليس منا بدون حق مستحق فانه اذا كان التفريق بحق مستحق فلا باس به كما في دفع احدهما
بالجناية وفي بيعه بدين لزم الصغير باستهلاكه مال الغير لان المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به وكذا
اذا دبر احدهما او يستولد الامة جاز بيع الآخر لئلا يلزم المالك الحجر عليه بمنعه من التصرف في ماله رأسا بخلاف ما قبل
التدبير فانه يمكنه بيعهما والانتفاع ببدلهما وكذا لو كانوا ثلاثة في ملكه احدهم صغير حل بيع احد الكبيرين لان العلة
مظنة الضياع والاستيحاش وقد بقي له من يقوم مقام الثالث وكذا يجوز ان يعتق احدهما بمال وبلا مال ويكاتبه
لان العتق والكتابة عين الجمع لا التفريق وكذا لو كان الولد مراهقا فرضي بالبيع واختاره ورضيت امه جاز بيعه

ومن صور جواز التفريق ما في المبسوط اذا كان للذمي عبد له امراة امة ولدت منه فاسلم العبد وولده صغير فانه يجبر الذمي على بيع العبد وابنه وان كان تفريقا بينه وبين امه لانه يصير مسلما باسلام ابيه فهذا التفريق بحق صح

لانهما لما اختارا ذلك انتفى الضرر وان فرق بينهما يصح البيع اذا كان المالك مسلما حرا او مكاتبا او مأذونا اما اذا كان
كافرا فلا لانهم غير مخاطبين بالشرائع وتوضيحه انه اذا كان التفريق في ملتهم حلالا لا يتعرض لهم الا ان كان بيعهم
من مسلم فيمتنع على المسلم وان كان ممتنعا في ملتهم لا يجوز خلافا لابي يوسف فان عنده لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز
في غيرها في رواية عنه ولا يجوز في الجميع اي في قرابة الولاد وغيرها في رواية اخرى عنه وهو قول احمد لما روي عن علي
رضه انه قال وهب لي رسول الله عم غلامين اخوين فبعت احدهما فقال عم يا علي ما فعل الغلامان فقلت بعت احدهما فقال
عم رده رده وقول النبي عم ادركهما وارتجعهما فان الامر بالادراك والارتجاع لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما
ان ركن البيع صدر من اهله في محله والكراهة لمعنى مجاور والنهي عن المجاور لا يوجب الفساد بخلافه لوصف لازم فيه
الاستيام على سوم اخيه وما يجب تاويل الامر بالادراك والارتجاع على طلب الاقالة مع ظهور انه يقبله رغبة في ثواب
الاقالة او ان يبيع الآخر منه واعلم ان مدة منع التفريق انما يمتد الى بلوغ الصغير بالاحتلام او بالحيض فذكر فيه حديثا
في المبسوط عنه عم لا تجمعوا عليهم بين السبي والتفريق ما لم يبلغ الغلام والجارية وعنه عم لا تفرقوا بين الام وولدها
فقيل الى متى فقيل الى ان يبلغ الغلام وتحيض الجارية رفعه في المبسوط فان كانا كبيرين فلا باس بالتفريق

بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به النص ليثبت فيه المنع الحاقاً بالدلالة اذ كان على اصله على خلاف القياس وقد صح انه
عم فرق بين مارية وسيرين اذ روي انه اهدى المقوقس القبطي لرسول الله عم جاريتين وبغلة كان يركبها فاما احد
جاريتين فتسراها عم فولدت له ابراهيم وهي مارية ام ابراهيم واما الاخرى فوهبها عم لحسان بن ثابت رضه وقد
ثبت في طريق الواقدي ان الجاريتين كانتا اختين فروع اذا كان مع الصغير ابواه لا يبيع واحدا منهم ولو كان
معه ام واخ او ام وعمة او خالة او اخ جاز بيع من سوى الام وذكر هشام عن محمد انهم لا يباعون الا معاً اعتباراً
لاختلاف الجهة والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية لان شفقة الام تغني عن سواها ولذا كانت احق بالحضانة من غيرها
ولو كان معه جدة وعمة وخالة جاز بيع العمة والخالة ولو كان معه عمة وخالة لا يباعوا الا معاً لاختلاف الجهة مع اتحاد
الدرجة ولو كان معه اخوان او اخوة كبار في رواية الامالي لا يباع واحد منهم والصحيح انه يجوز بيع ما سوى واحد منهم
وهو الاستحسان لان الشفقة امر باطن لا يوقف عليه فيعتبر السبب ولا يعتبر الابعد مع الاقرب وعند الاتحاد في
الدرجة والجهة احدهما يغني فكذا لو ملك ستة اخوة ثلاثة كبار وثلاثة صغار فباع مع كل صغير كبيرا جاز استحسانا
فلو كان معه اخت شقيقة واخت لاب واخت لام باع غير الشقيقة ولو ادعاه رجلان فصارا ابوين له ثم ملكوا
جملة القياس ان يباع احدهما لاتحاد جهتهما وفي الاستحسان لا يباع لان الاب في الحقيقة واحد فاحتمل كونه الذي يبيع
فيمتنع احتياطا فصار الاصل انه اذا كان مع عدد احدهم ابعد جاز بيعه وان كانوا في درجة فان كانوا من جنسين
مختلفين كالاب والام والخالة والعمة لا يفرق ولكن يباع الكل او يمسك الكل وان كانوا من جنس واحد كالاخوين
والعمين والخالين جاز ان يمسك مع الصغير احدهما ويبيع ما سواه ومثل الخالة والعمة اخ لاب واخ لام
في المحيط البيع الموقوف خمسة عشر بيع العبد والصبي المحجورين اذ الاول موقوف على اجازة المولى والثاني
على اجازة الاب والوصي وبيع غير الرشيد فانه موقوف على اذن القاضي وبيع المرهون والمستأجر والمزارعة
الغير يتوقف على اجازة المرتهن والمستأجر والمزارع ... [illegible]
... [illegible] وكذا بيع ... [illegible]
في المنقول ... [illegible] وبيع المرتد عند ابي حنيفة
والبيع برقمه ... [illegible] وبيع المغصوب ذكره محمد ... [illegible]
... [illegible] في فتح القدير ... [illegible] البيع الموقوف ... [illegible]
... [illegible] **باب الاقالة** مناسبتها خاصة بالبيع الفاسد والمكروه انه
اذا وقع البيع فاسدا او مكروها وجب على كل من المتعاقدين الرجوع الى ما كان له من رأس المال صونا
لهما عن المحظور ولا يكون ذلك الا بالاقالة الى آخر ما ذكر في النهاية وتبعه غيره وهو مصرح بوجوب التفاسخ
في العقود المكروهة السابقة وهو حق لان رفع المعصية واجب بقدر الامكان ثم الاقالة لغة الفسخ وشرعا
فسخ البيع ان امكن في حق المتعاقدين وهي جائزة في البيع بمثل الثمن الاول عليه اجماع المسلمين لقوله
عم من اقال نادما بيعته اقال الله عثرته يوم القيامة ولان العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما التي لها
شرع البيع وغيره اما الجواز فيفيده النص واما لزوم كونها على الثمن الاول بعينه فلان الاصل في لزوم الثمن
الاول حتى يبطل الاقل والاكثر ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين وحقيقة الفسخ ليس الا الرفع الاول كان
لم يكن فيثبت الحال الاول وهو برجوع عين الثمن الاول الى مالكه كان لم يكن في الوجود غيره وهذا يستلزم

تعين الاول

تعين الاول ونفي غيره من الزيادة والنقص وخلاف الجنس والاجل نعم لما لم يكن فعلهما ينفذ على غيرهما جعل بالنسبة
الى غيرهما بيعا فيعطى بالنسبة اليه حكم البيع كما سيأتي تفصيله وتصح بلفظين احدهما مستقبل نحو ان يقول احدهما اقلني
وقال الآخر اقلت فانه شرط المضي فيهما اعتبارا بالبيع وعندهما ان لفظة يعني في البيع كانت محمولة على المساومة ولم
يدل على التحقيق ولهذا لم ينعقد بها البيع واما لفظ اقلني في الاقالة فمحمولة على التحقيق لانه لا يكون بعد نظر وتأمل كلفظة
زوجني في النكاح وتتوقف الاقالة على القبول اي على قبول الآخر ولا يتعين مادة قاف لام بل لو قال تركت
البيع وقال الآخر رضيت او اجزت تمت ويجوز قبول الاقالة دلالة بالفعل كما اذا قطعه قميصا في فور قول المشتري
اقلتك وتنعقد بفاسختك وتاركت كذا في فتح القدير وقال قاضيخان باع شيئا ثم قال المشتري اقلني البيع فقال
اقلتك لم يكن ذلك اقالة في قول ابي حنيفة ومحمد في ظاهر الرواية حتى يقول البائع قبلت وعن ابي يوسف تتم
الاقالة بقول المشتري قد اقلتك بعد ما قال البائع اقلني باع ثوبا من آخر فقال المشتري قد اقلتك البيع في هذا
الثوب فقطعه قميصا فقطع البائع قميصا قبل ان يتفرقا ولم يتكلم بشيء كانت اقالة انتهى في المجلس كالبيع
حتى لو قبل الآخر بعد زوال المجلس او بعد ما صدر منه ما يدل على الاعراض كما سبق بيانه في البيع لا يتم الاقالة
ثم الاقالة كالبيع لا تنعقد الا بايجاب وقبول او بالتعاطي وهي اي الاقالة بيع جديد من جهة المشتري من البائع
في حق غير العاقدين اجماعا ثم الغير اما الله تع فيجب بالاقالة الاستبراء في الجارية فانه حق الله تعالى او غيره لتعلق فيما
ثبت بالشرط لا بالعقد فيجب بها الشفعة في العقار فان الشفيع ثالثهما ويجب التقابض لو كان البيع السابق
صرفا ولا تسقط الزكوة اذا اشترى بعروض التجارة عبدا للخدمة بعد الحول ثم رد بالعيب بغير قضاء فاسترد
العوض فهلكت في يده فانه بيع في حق الفقير وفي حقهما اي فيما ثبت بنفس العقد من غير شرط لعد القبض فسخ
للعقد ان امكن فيجب على البائع رد الثمن الاول ولا يبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع ويصح ان يبيع منه
قبل استرداد المبيع ولو كان بيعا لبطل ويصح استرداد المبيع بلا اعادة الكيل والوزن والفسخ لغة النقض
والتفريق كما في القاموس وشرعا رفع العقد على وصف كان قبله بلا زيادة ولا نقصان والعاقد اعم
من الحقيقي والحكمي فيشمل قالة الوارث وفيه اشارة الى انها لغة الفسخ كما في القاموس فان الاحكام الشرعية
على وفاق المعاني اللغوية كما في حوالة الهداية كذا في القهستاني فان تعذر جعلها فسخا كما اذا ولدت المبيعة
بعد القبض وكما اذا كان المبيع عرضا بالدراهم فهلك بطلت الاقالة هذا اصل ابي حنيفة وزفر وعند ابي يوسف
الاقالة بعد القبض بيع في حق الكل وقبله فسخ لان بيع المنقول قبله غير جائز فان تعذر كونها بيعا بان وقعت
الاقالة قبل القبض في بيع منقول ففسخ فان تعذر كونها بيعا وفسخا كما لو كان المبيع عرضا بالدراهم
فتقايلا بعد هلاك العرض ثم بطلت هذا اصل ابي يوسف وعند محمد هي فسخ فان تعذر الفسخ فبيع
وان تعذر البيع ثم بطلت هذا اصل محمد له ان لفظ الاقالة وضع للفسخ والرفع بدليل الاستعمال فانه
يقال اقلني عثرتي بمعنى اسقط اثرها باعتبارها عدما بعد وجودها وهو المراد بالفسخ اذ حقيقة رفع الواقع
عن ان يكون واقعا غير ممكن لعدم الدخول في الوجود فيتوفر عليه قضيته واذا تعذر الفسخ يحمل على محتمله وهو
البيع ولابي يوسف انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع وخصوص اللفظ لا عبرة به ولابي
حنيفة ان اللفظ ينبئ عن الرفع على ما قلنا والاصل اعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية وكونه يشبه
لوازم البيع من الرد بالعيب والهلاك بالنسبة الى ثالث لا يستلزم كونه من حقيقته اذ اللوازم قد يكون عامة

تترتب على حقيقتين مختلفتين فلا تكون الاقالة بيعا لذلك فاعلم ان الاختلاف فيما اذا حصلت الاقالة بلفظ الاقالة
اما اذا حصلت بغيرها كلفظ المفاسخة والمتاركة والرد فانها فسخ بلا خلاف كذا في شروح الهداية والذخيرة
ولو تقايلا بلفظ البيع كان بيعا بالاجماع لانها تنبئ عن الرفع والبيع عن الاثبات فتنافيا كذا في الاختيار وهكذا في شرح
القدوري وذكره في الدراية والذي في فتاوى قاضيخان ان قول ابي حنيفة كقول محمد وفي الخلاصة اختاروا قول محمد كذا في
فتح القدير والاقالة قبل القبض فسخ عند ابي حنيفة ومحمد في المنقول وغيره على ما هو الاصل وعند ابي يوسف في العقار
بيع لان الاقالة في العقار قبل القبض بيع لان بيعه قبل القبض جائز فلو شرط فيها اي في الاقالة اكثر من الثمن الاول
كان تقايلا على مائة والبيع بخمسين او خلاف الجنس بان كان الثمن دراهم فاقال على دنانير تبلغ قيمتها قدرها بطل الشرط
لان الاقالة رفع ما كان لا رفع ما لم يكن ولزم الثمن الاول وجعل التسمية لغوا عند ابي حنيفة لان الاقالة لا تبطل
بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لان الزيادة يمكن اثباتها فيه ويتحقق به الربوا فيصير بيعا فاسدا فلا يتصور اثباتها
في الرفع يصح الشرط لو بعد القبض وتجعل بيعا لما عرفت انها عند ابي يوسف بيع وان عند محمد اذا تعذر الفسخ
جعل بيعا فيهما كذلك فان شرط اقل من الثمن الاول من غير تعيب لزم الثمن الاول ايضا عند ابي ح لما مر انه شرط
فاسد فيبطل هو ويثبت قدر الاول وعند ابي يوسف تجعل بيعا لانه الاصل عنده ويصح الشرط لانه لا يبطل
بالشرط الفاسد عنده وان تعيب المبيع في يد المشتري بالتعيب صح الشرط بالاقل اتفاقا لان نقصان الثمن يكون بمقابلة
الفائت بالعيب ولا يصح الاقالة بعد ولادة المبيعة يعني اذا قبضها ثم تقايلا بطلت الاقالة عنده لان الولد زيادة منفصلة
والزيادة المنفصلة اذا كانت بعد القبض يتعذر معها الفسخ حقا للشرع بخلاف ما قبل القبض الحاصل ان الزيادة
متصلة كانت كالسمن او منفصلة كالولد والارش والعقر اذا كانت قبل القبض لا تمنع الفسخ والرفع وان كانت
بعد القبض متصلة فكذلك عنده وان كانت منفصلة بطلت الاقالة لتعذر الفسخ معها والاقالة لا تصح على قوله
الا فسخا فلا اقالة فعندهما لا تبطل لامكان جعلها بيعا ولا تمنعها اي الاقالة هلاك الثمن بل تمنع صحتها هلاك
المبيع لان المبيع مال حقيقة وحكما لانه عين متعين بخلاف الثمن لانه اما ليس بمال بل دين حقيقة وحكما فيما اذا لم
يشر الى نقد واما مال حكما لا حقيقة فيما اذا اشار اليه لعدم تعلق العقد بما اشار اليه بل بمثله في ذمته والدين مال
حكما ولذا كانت البراءة منه تصح بلا قبول لعدم المالية الحقيقية غير انها ترتد بالرد للمالية الحكمية وهبة العين لا تصح بلا
قبول بحال ولا تتأدى زكوة العين بالدين لان الدين انقص من العين في المالية ولا تتأدى الكامل بالناقص
ولذا لم يحنث من حلف لا مال له وله ديون عظام على الناس واذا كان للمبيع هذه المزية وجب اظهارها وقد تعذر
ذلك في ابتداء البيع لان حاجته الى المبيع والثمن سواء فاظهرناها في البقاء فجعلنا بقاء العين حكما مفتقرا الى
قيام المبيع فاذا هلك ارتفع البيع وان كان الثمن دراهم باقية فامتنعت الاقالة اذ الرفع لا وجود له لا يتصور
وهلاك بعضه اي هلاك بعض المبيع يمنع الاقالة بقدره كقيام البيع فيه فرع ما يمنع الرد بالعيب يمنع الاقالة
ولذا اذا هلكت الزيادة المتصلة او المنفصلة او استهلكها اجنبي تتوقف الاقالة على القبول في المجلس فتجوز الاقالة
من الوكيل بالبيع والسلم في قول ابي حنيفة ومحمد كالابراء خلافا لابي يوسف والاقالة الوكيل بالشراء لا تجوز بالاجماع وفسخ
الموكل مع المشتري جائز وفي جمع التفاريق اقالة الوارث جائزة واطلق في الجامع جواز اقالة الوصي وهو مقيد بما اذا
لم يبع باكثر من القيمة فان باع اكثر منها لا تصح اقالته وكذا المتولي ايضا لو اشترى باقل من القيمة ليس له الاقالة ولو كان
الثمن عشرة دنانير ودفع اليه الدراهم عوضا عن الدنانير ثم تقايلا وقد رخصت الدراهم رجع بالدنانير التي

وقع

وقع العقد عليها بما دفع وكذا لو رد بالعيب وكذا في الاجارة لو فسخت ولو عقد بدراهم ثم كسدت ثم تقايلا فانه
يرد تلك الدراهم الكاسدة ولو عقد بثمن مؤجل ثم جدد للحال او على القلب انفسخ الاول وكذا لو عقد بدراهم
ثم جدد بدنانير او على القلب اما لو جدد بدراهم اكثر او اقل فلا وهو حط من الثمن او زيادة فيه وقالوا لو باع باثني
عشر وحط عنه درهمين ثم عقد بعشرة لا ينفسخ الاول لانه مثله اذ الحط يلتحق باصل العقد الا في اليمين فيحنث
لو كان حلف لا يشتريه باثني عشر ولو قال المشتري بعد العقد قبل القبض للبايع بعه لنفسك فان باعه جاز وهو
انفسخ الاول ولو قال بعه لي او لم يزد على قوله بعه او زاد قوله ممن شئت لا يصح في الوجوه لانه توكيل ولو باع المبيع
من البايع قبل القبض فاعتقه فاعتقه جاز العتق عن البايع وانفسخ البيع عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف العتق
باطل وفي الفتاوى الصغرى جحود ما عدا النكاح فسخ وعليه ما فرع في فتاوى قاضيخان وغيرها باع امة فانكر المشتري
الشراء لا يحل للبايع وطؤها الا ان عزم على ترك الخصومة فيحل له وطؤها لان جحود المشتري فسخ في حقه واذا عزم
البايع على ترك الخصومة فقد تم الفسخ منهما وكذا لو انكر البايع البيع والمشتري يدعي لا يحل للبايع وطؤها فان
ترك المشتري الخصومة وسمع البايع بذلك حل له وطؤها ومثله لو اشترى جارية بشرط الخيار ثلثة ايام وقبضها
ثم رد على البايع جارية اخرى في ايام الخيار وقال هي التي اشتريتها وقبضتها كان القول له لانه انكر قبض غيرها
فان رضي البايع بها حل وطؤها لان المشتري لما رد اخرى فقد رضي بتمليك البايع الثانية بالاولى فاذا رضي البايع
بذلك تم البيع بينهما بالتعاطي وكذا القصار والاسكاف الكل في فتح القدير واعلم ان العقد الذي شرط فيه الاقالة
اذا رد البايع الثمن والناس يسمونه بيع الوفاء وفي المغرب يسمونه بيع الامانة وله حكم الرهن عند اكثر المشايخ فلا
يباح للمشتري ان ينتفع بالمبيع بدون اذن البايع ويسقط الدين بهلاكه وبعض المشايخ جعله باطلا اعتبارا
بالهازل وبعضهم جعله في حكم بيع المكره فينقضه المشتري ان شاء لانه لم يكن راضيا به قال الامام نجم الدين النسفي
اتفق مشايخنا في هذا الزمان على جوازه وافادته لبعض الاحكام وهو الانتفاع به لحاجة الناس اليه وللتعامل
فيه والقواعد قد تترك بالتعامل كما في الاستصناع قال صاحب النهاية وعليه الفتوى وفي الخانية الصحيح ان
العقد الذي جرى بينهما ان كان بلفظ البيع لا يكون رهنا ثم ينظر ان ذكر شرط الفسخ فيه يفسد وان ذكر قبله
او بعده على وجه المواعدة خاليا عن الشرط يصح العقد ويلزم الوفا بالعهد لان المواعيد قد تكون لازمة لحاجة
الناس وفي الفوائد الظهيرية لو ذكر الشرط بعد العقد يلتحق بالعقد عند ابي حنيفة ولم يذكر انه في مجلس العقد او بعده
كذا في شرح المجمع **باب المرابحة والتولية** المرابحة بيع ما شراه الا شمل ما ملكه ليتناول ما اذا ضاع المغصوب
عند الغاصب وضمن قيمته ثم وجده حيث جاز له بيعه مرابحة وتولية على ما ضمن بما شراه به وزيادة وان لم يكن
من جنس الاول ولا بد ان يكون الربح وكذا الوضيعة معلوما لئلا يؤدي الى الجهالة والمنازعة فلا تصح بربح ده ياز ده
الا ان يعلم بالثمن في المجلس كذا في الاختيار وقولهم ده يازده عجمي معناه عشرة باحد عشر او بعشرة مع احد عشر
والمعنى باع ما اشتراه بعشرة باحد عشر استحسانا او باحد وعشرين قياسا والاول مذهب الجمهور
كما في النظم وصح مرابحة بيع المملوك بهبة او صدقة او وراثة كما في النهاية كذا في القهستاني واعلم ان المعتبر في
المرابحة ما وقع العقد الاول عليه دون ما وقع عوضا عنه حتى لو اشترى بعشرة دراهم فدفع عنها دينارا او ثوبا قيمته
عشرة او اقل او اكثر فان رأس المال هو العشرة لا الدينار والثوب لان وجوب هذا بعقد آخر وهو الاستبدال
والتولية بيعه به بلا زيادة ولا نقص والوضيعة بيعه بما نقص منه لان رأس المال في الوضيعة حقه فله ان يحط عنه

ولا يصح ذلك المذكور من المرابحة والتولية والوضيعة ما لم يكن الثمن الاول مثليا يعني ماله مثل كالنقد والحنطة والشعير وما يكال او يوزن والعددي المتقارب بخلاف غير المتقارب كالبطيخ والرمان ونحوهما لانه لو لم يكن له مثل بان اشترى ثوبا بعبد مقايضة مثلا لو رابحه او ولاه اياه كان بيعا بقيمة عبد صفته كذا او بقيمة عبد ابتداء وهي مجهولة وذلك معلوم انه لا يجوز اما لو كان ما اشتراه به وصل الى من يبيعه منه مرابحة عليه بربح معين كان يقول ابيعك مرابحة على الثوب الذي بيدك وربح درهم او كر شعير او ربح هذا الثوب جاز والا اي وان لم يقل كذلك ولم يكن في ملك من يريد الشراء منه لانه يقدر على الوفاء بما التزمه من الثمن فلم يكن الربح معلوما فلا يجوز المرابحة بربح ده يازده كما عرفت ويجوز للبائع مرابحة او تولية ان يضم الى رأس المال اجر القصار اي الدقاق والصبغ اسود او غيره وهو بالفتح مصدر وبالكسر ما يصبغ به والطراز بالكسر علم الثوب والفتل والحمل وسوق الغنم والسمسار واجرة النسج والخياط والغسال ونفقة الرقيق والحيوان وكسوتهم بالمعروف الاصل ان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق برأس المال وما عددناه بهذه الصفة لكن يقول البائع قام هذا المبيع علي بكذا لا يقول اشتريته به تحرزا عن الكذب ولا يضم نفقته اي نفقة البائع نفسه من وقت شرائه المبيع ولا اجر الراعي والطبيب والمعلم وبيت الحفظ والبيطار والختان والحجامة والرائض وجعل الآبق ونحوها مما لا يزيد في المبيع ولا في قيمته وفي المبسوط اصناف نفي ضم المنفق في التعليم الى انه ليس فيه عرف قال كذا في تعليم الغناء والعربية حتى لو كان في ذلك عرف ظاهر يلحقه برأس المال ويضم اجرة السمسار فظاهر الرواية في جامع البرامكة لا تضم لان الاجارة على الشراء لا تصح الا ببيان المدة ووجه ظاهر الرواية العرف فيه وقيل اجرة الدلال لا تضم كل هذا ما لم تجر عادة التجار ولا يضم ثمن الجلال ونحوها في الدواب ويضم الثياب في الرقيق وطعامهم الا ما كان سرفا وزيادة ويضم علف الدواب الا ان يعود عليه شيء متولد منها كالبانها وصوفها وسمنها فيسقط قدر ما نال ويضم ما زاد بخلاف ما اذا اجر الدابة او العبد او الدار فاخذ اجرته فانه يرابح مع ضم ما انفق عليه لان الغلة ليست متولدة من العين وكذا دجاجة اصاب من بيضها يحتسب بما ناله وبما انفق ويضم الباقي ويضم اجرة التجصيص والتطيين وحفر البئر في الدار والقناة في الارض ما بقيت هذه فان زالت لا تضم وكذا سقي الزرع والكرم وكسحها ولو قصر الثوب بنفسه او طين او عمل هذه الاعمال لا يضم شيئا منها وكذا لو تطوع متطوع بهذه الاعمال او باعارة فان ظهر للمشتري خيانة اي خيانة البائع كما اذا اشترى ممن لا تقبل شهادته له كابويه بلا بيان فانه لا يصح البيع فيهما خلافا لهما وكما اذا فقأ المولى عينه او اجنبي فاخذ ارشها بلا بيان في المرابحة اما باقرار البائع او بالبينة او بنكوله عن اليمين وقد ادعاه المشتري على هذا على المختار وقيل لا يثبت الا باقراره لانه في دعوى الخيانة متناقض فلا يتصور بينته ولا نكوله والحق سماعها كدعوى العيب ودعوى الحط فانها تسمع خير المشتري في اخذه بكل ثمنه المسمى او تركه وفي التولية يحط من ثمنه قدر الخيانة عنده وهو القياس في الوضيعة يعني اذا كان خيانة بنقص الوضيعة اما اذا كانت خيانة يوجد الوضيعة معها فهو بالخيار وعند ابي يوسف يحط خيانة الربح وخيانة الاصل فيهما اي في المرابحة والتولية قدر الخيانة مع حصتها اي مع حصته قدر الخيانة من الربح في المرابحة مثلا اذا قال اشتريت هذا الثوب بعشرة فباعه مرابحة بخمسة عشر فظهر ان البائع كان اشتراه بثمانية يحط قدر الخيانة من الاصل وهو درهمان ويحط من الربح ما قابلهما وهو درهم واحد فياخذ الثوب باثني عشر درهما وعند محمد يخير فيهما بين الاخذ بالثمن وبين الرد ولم يحط شيء فيهما له ان الاعتبار فيهما ليس الا للتسمية

لان الثمن

لان الثمن به يصير معلوما وبه ينعقد البيع والاخبار بانه الثمن الاول فيهما لا يتعلق الانعقاد به انما هو ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف الكتابة والخياطة فبفواته يظهر ان الثمن ليس كذلك فيتخير ولابي يوسف ان الاصل في عقد المرابحة والتولية مرابحة وتولية وذلك بالبناء على الثمن الاول فيتعلق به العقد باعتبار انه مرابحة وتولية عليه وذلك بالحط غير انه يحط في التولية مقدار الخيانة من رأس المال وفي المرابحة يحط منه ومن الربح على نسبته كما صورناه ولابي حنيفة رح في الفرق بينهما كما قال ابو يوسف في التولية وهو انه لو لم يحط فيها لا تبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول والعقد انما تعلق باعتبارها فيتغير التصرف الى بيع آخر بثمن آخر ولم يوجد ذلك البيع الآخر واما في المرابحة لو لم يحط لا يخرج من كونها مرابحة ولا يتغير التصرف وان كان يتفاوت الربح فانه يظهر ان الربح اكثر مما ظنه المشتري فامكن القول ببقاء العقد ولكن يتخير لما ذكر محمد من فوات الوصف المرغوب فيه فلو هلك المبيع قبل الرد او استهلكه او امتنع الفسخ بسبب عيب او زيادة في المبيع سقط الخيار ولزم كل الثمن في الفاسد لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط وفيهما يلزمه تمام الثمن قبل الفسخ فكذا ههنا وهو المشهور من قول محمد بخلاف خيار العيب لان المستحق فيه جزء فائت يطالب به فيسقط ما يقابله اذا عجز عن تسليمه واما على قول ابي يوسف فلو هلك المبيع او انتقص يحط وعن محمد في غير رواية الاصول انه يفسخ بعد التحالف دفعا للضرر عن المشتري ويرد القيمة ويسترد الثمن هذا ولو قال المشتري قيمة متاعي كذا او متاعي يساوي كذا فاشترى بناء على ذلك فظهر بخلافه كان له الرد بحكم التغرير وان لم يقل ذلك ليس له الرد وبعضهم لا يفتون بالرد وبكل حال فالصحيح ان يفتي بالرد اذا وجد التغرير وبدونه لا يفتي بالرد كما في الكافي كذا في القهستاني ومن شرى شيئا بعشرة فباعه بخمسة عشر ثم شراه ثانيا بعشرة يرابح على خمسة ويقول قام علي بخمسة وان شراه ثانيا بخمسة لا يرابح عنده وهو مذهب احمد وعندهما يرابح على الثمن الاخير مطلقا وهو قول الشافعي ومالك لهما ان العقد الثاني وان كان ممن كان باعه منه فهو عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول ولذا لو كان في الاول خيار لا يكون في الثاني وعلى العكس فلا يدخل فيه ما قبله مرابحة او وضيعة ولذا لو كان اصله هبة او ميراثا فباعه ثم اشتراه كان له ان يبيعه مرابحة على الثمن الاخير ولا يعتبر ما كان قبله والا لم تجز المرابحة اصلا وهذا لان بالشراء الثاني يتجدد له ملك غير الاول لان اختلاف الاسباب كاختلاف العين على ما عرف وصار كما لو تخلل ثالث بان اشترى بعشرة ممن اشترى من المشتري منه بعشرين ولابي حنيفة ان شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لانه يتأكد بالعقد الثاني ما كان على شرف السقوط من ذلك الربح بان يظهر المشتري على عيب فيرده فيزول الربح عنه فاذا اشتراه منه تأكد وتقرر ملكه لذلك الربح وللتأكيد في بعض المواضع حكم الايجاب كما في شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا يضمنون نصف المهر لتأكيدهم ما كان على شرف السقوط بتقبيل ابن الزوج او بالارتداد وعلى اعتبار التأكيد يصير البائع في مسألتنا مشتريا بالعقد الثاني ثوبا وخمسة دراهم بعشرة دراهم فتقع الخمسة بازاء الخمسة ويبقى الثوب بخمسة وهذا الاعتبار واجب لان الشبهة في المرابحة ولذا لم تجز المرابحة فيما اخذ بالصلح بشبهة الحطيطة لان الغالب في الصلح ذلك فيجب ان يبيعه مرابحة على خمسة بخلاف ما لو باعه بوصيف او دابة او عرض آخر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة على عشرة لانه عاد اليه مما ليس من جنس الثمن الاول ولا يمكن طرحه الا باعتبار القيمة ولا مدخل لذلك في بيع المرابحة وكذا قلنا لو اشترى اشياء صفقة واحدة بثمن واحد ليس له ان يبيع بعضها مرابحة على حصتها من الثمن لان ذلك لا يكون الا باعتبار القيمة وتعيينها لا يخ عن

شبهة الفضل وبخلاف ما لو تخلل ثالث لتأكد الربح بالبيع من الثالث ووقوع الامن من البطلان به ما لم يستفد المشتري
الاول بالشراء الثاني تأكد الربح وهنا بخلاف وان اشترى مأذون مديون بدين محيط برقبته كذا في الهداية وقد
صرح بهذا القيد في الجامع من رواية محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رح والمشايخ اختلفوا في تقرير هذه المسئلة منهم
من ذكره كقاضي خان ومنهم من لم يقيد بالمحيط كالصدر الشهيد ومنهم من لم يذكر الدين اصلا كشمس الائمة في المبسوط
وقال ابن كمال اعتبار هذا القيد لتحقق الشراء قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير فان كان العبد لا دين
عليه فالشراء الثاني باطل لان العبد اذا كان لا دين عليه فماله لمولاه بعشرة وباع من سيده بخمسة عشر او بالعكس
اي باع السيد من مأذونه كذلك يرابح على عشرة لان العقد الذي جرى بين العبد والمولى وان كان صحيحا
لافادته ما لم يكن من كسب العبد في كسبه ويسلم للمولى من كسبها ما لم يكن سالما فله شبهة العدم لان
الحاصل للعبد لا يخلو عن حق المولى ولهذا كان للمولى ان يستبقي ما في يده لنفسه ويقضي دينه من عنده وكذا في كسب
المكاتب ويصير ذلك الحق حقيقة اذا عجز فرد الى الرق فصار كانه باعه ملك نفسه او اشترى ملك نفسه ولكن
للفائدة المذكورة صحيحا فظهر انه جائز مع المنافي وهو كونه عبده المستلزم لكون المال له لولا الدين فاعتبر
عدما في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للعقد الاول وهو الكائن بعشرة فيصير كان العبد اشتراه بعشرة لاجل المولى
في الفصل الاول وهو ما اذا اشتراه العبد وباعه من المولى وكانه يبيعه لاجل المولى في الفصل الثاني وهو ما اذا باع
المولى من عبده فكان المعتبر الثمن الاول في هذه المسئلة بالاتفاق وكذا الجواب اذا كان مكان المأذون مكاتب بالاتفاق
وقال ابو حنيفة لو اشترى شيئا من ابيه او امه او ولده او اشترى هؤلاء منه لا يبيع واحد منهم مرابحة الا على الثمن
الذي قام على البائع الا انهما خالفاه في هذه فقالا يبيعه مرابحة على ما اشتراه من هؤلاء لتباين الاملاك والحقوق فكانا
كالاخوين وابو حنيفة رح يقول ما يحصل لكل واحد من هؤلاء كانه للآخر من وجه ولهذا لا تقبل شهادة احدهم للآخر وتجري
المسامحة بينهم فكان الاحتياط فيما ذكرنا كذا في فتح القدير والمضارب بالنصف لو شرى ثوبا بعشرة وباع من رب
المال بخمسة عشر يرابح رب المال على اثني عشر ونصف لان هذا البيع وان قضي بجوازه عندنا عند عدم الربح حالا فانه
مع انه اشترى ماله بماله وهو وجه المنع لزفر لكن اجزناه لما فيه من فائدة استفادة ولاية التصرف وهو المقصود بعد ما
كانت منتفية لانقطاع ولاية التصرف عنه بالتسليم الى المضارب والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم
الا يرى ان المضارب وكيل عن رب المال في البيع الاول من وجه وذلك يمنع صحة بيعه منه كما لا يصح بيع الوكيل
من موكله ما وكله بشرائه لانه ماله وتصرفه فيه جائز ومن وجه آخر هو مال المضارب حتى اذا اشترى لا يجوز
لرب المال عليه في البيع ولو اشترى المضارب جارية لا يجوز لرب المال وطؤها وان لم يكن في المال ربح
فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح الذي هو حصة رب المال بمثل ما ذكر قبلها فيبيعه على اقل الثمنين
للاحتياط وعلى حصة المضارب من الربح لان المضارب في ذلك المقدار بمنزلة الاجنبي فلا يتهم فيه ولو اشتريا
سلعة فاقتسماها فاراد احدهما ان يبيع نصيبه مرابحة على حصته من الثمن ان كانت القسمة استيفاء محضا
كالكيلي والوزني والعددي المتقارب جاز بيعه مرابحة وان كانت مبادلة كالاشياء المتفاوتة لم يجز بيعه
مرابحة لابتنائه على التقويم وهو ممتنع في المرابحة ويرابح بلا بيان انه اشترى بهذا بذلك الثمن وليس بها
هذا العور لو اعورت المبيعة او وطئت وهي ثيب وكذا لو وطئها وهي بكر ولم ينقصها الوطء او
اصاب الثوب قرض فار قوله قرض بالقاف وذكره ابو الليث بالفاء او حرق نار او اصاب الطعام تغير

وذلك

وذلك لان الاوصاف لا يقابلها جزء من الثمن لانها تابعة ما لم تكن مقصودة بالاتلاف ولهذا لو فاتت
قبل التسليم الى المشتري بعد العقد لا يسقط شيء من الثمن وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن وعن ابي
يوسف فيما اذا اعورت الجارية انه لا يبيع مرابحة من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي وزفر رح
والاحتباس بفعله محل الاتفاق كما اشار اليه بقوله وان فقئت عينها يعني اذا فقأ المشتري بنفسه عين الجارية
او فقأها اجنبي بامر المشتري او بغير امره فلم يبعها مرابحة حتى يبين بخلاف ما لو فاتت عينها بنفسها فانه كما بآفة
سماوية لانه هدر فلا يكون المشتري حابسا شيئا او وطئت وهي بكر وقد نقصها الوطء لان العذرة جزء من
العين يقابلها الثمن وقد حبسها او تكسر الثوب من طيه ونشره لزمه البيان لانه بفعله قال ابو الليث وقول زفر رح
وبه نأخذ واختياره هذا احسن لان مبنى المرابحة على عدم الخيانة وعدم ذكره انها انتقصت ايهام للمشتري ان الثمن
المذكور كان لها ناقصة والغالب انه لو علم ان ذلك ثمنها صحيحة لم يأخذها معيبة لانه لا يروم شرائها الا بقيمتها
كيلا يغبن وانه لو علم لم يرض فكان سكوته تغريرا له روى هشام عن محمد ان ذلك اذا نقصه العيب شيئا يسيرا
فان نقصه قدرا لا يتغابن فيه لا يبيعه مرابحة بلا بيان لكن قولهم هو كما تغير السعر بامر الله تعالى فانه لا يجب عليه ان
يبين انه اشتراه في حال غلائه وكذا لو اصفر الثوب لطول مكثه او توسخ الزام قوي فروع لو اصاب من غلة الدار
او الدابة شيئا رابح بلا بيان لان الغلة ليست متولدة من العين انما هو استيفاء منفعة واستيفاء المنفعة
لا يمنع بيع المرابحة بخلاف ما لو اصاب من لبن الغنم وصوفها فانه اذا رابح يسقط من رأس المال قدر ما اصابه من ذلك
ويقول قام علي بكذا ولو ولدت الجارية او الغنم او اثمر النخيل يبيع الاصل مع الزيادة مرابحة لانه لم يحبس شيئا من المعقود
عليه لان نقصان الولادة بغير فعل ثم الزيادة تجبره ولو استهلك المشتري الزيادة لم يبع الاصل مرابحة حتى يبين ما اصاب
منها لانها متولدة من العين والمتولدة كجزء المبيع وكذا اذا استهلك الالبان والسمن فانه لا يرابح الا ببيان ولو
حط البائع الاول من الثمن بعد ما باعه المشتري مرابحة فانه يحط ذلك من المشتري الآخر مع حصته من الربح ولو كان ولاه
حط ذلك عندنا وعند زفر والشافعي لا يحط عن الثاني بهذا السبب شيء واصله ان الحط يلتحق باصل العقد عندنا
وعنده لا بل هو هبة مبتدأة لا تتم الا بالتسليم وكذا الزيادة عندنا حتى يصير كان العقد عقد بما بقي فيثبت ذلك
في حق الشفيع والموكل وهذا بخلاف حط الكل في المرابحة والتولية فان له ان يرابح على كل الثمن ويوليه وان اشترى
مثلا غلاما بالف نسيئة ورابح يعني باعه بربح مائة بلا بيان انه اشتراه نسيئة بالالف خير المشتري ان شاء
رده وان شاء قبل بالالف والمائة حالة لان للاجل شبها بالمبيع الا ترى انه يزاد في الثمن لاجله والشبهة
ملحقة بالحقيقة فكان كانه اشترى شيئين بالالف وباع احدهما بها على وجه المرابحة وهذا خيانة فيما اذا كان
مبيعا حقيقة فاذا كان احد الشيئين يشبه المبيع يكون هذا شبهة الخيانة وشبهة الخيانة ملحقة بالحقيقة في المرابحة
فاذا ظهرت يتخير على مذهب ابي حنيفة ومحمد ولو فرع على قول ابي يوسف ينبغي ان يحط من الثمن ما يعرف ان مثله
في هذا يزداد لاجل الاجل هذا اذا علم الخيانة قبل هلاك المبيع فان اتلفه ثم علم الخيانة لزم المشتري كل ثمنه
يعني الفا ومائة حالة لان الاجل لا يقابله شيء حقيقة والذي كان ثابتا له مجرد راي وقد تعذر بعد هلاكه وهكذا لو
كان ولاه اياه ولم يبين انه اشتراه الى اجل فعلم المشتري قبل الهلاك ثبت له خيار الرد وقبوله بالالف الحالة
وهذا معنى قوله وكذا التولية وعن ابي يوسف انه بعد الهلاك يرد القيمة ويسترد الثمن وقيل يقوم بثمن حال
وبمؤجل فيرجع بفضل ما بينهما على البائع قاله الفقيه ابو جعفر الهندواني ولو اشترى ثوبين صفقة واحدة كل ثوب

كره لبيع احدهما مرابحة بلا بيان انه اشتراه بغيره لما ان ذلك لا يكون الا باعتبار القيمة والتعيين لا يخلو عن شبهة الخيانة
ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم مشتريه قدره اى قدر ما قام على البايع فسد لجهالة الثمن وان علمه المشترى
قدر ما قام عليه فى المجلس خير المشترى ان شاء رد البيع وان شاء قبل لان الفساد وان كان فى صلب العقد لكنه لم يتقرر
انما يتقرر بمضى المجلس وبهذا يبين ان العقد وكذا البيع برقمه قبل معرفة الرقم ينعقد فاسدا له عرضية الصحة وهو الصحيح
خلافا لما روى عن محمد انه صحيح له عرضية الفساد ولما كان المجلس جامعا للمتفرقات يعتبر الواقع فى اطرافه كالواقع معا وانما يتخير
بعد العلم فى المجلس لان الرضى لم يتم قبله فلم يتم البيع كما فى خيار الرؤية لم يتم الرضى قبل الرؤية فعند وجود ما يتخير فروع اشترى
ثوبا ليس له ان يرابح على ذراع منه لان الثمن لا ينقسم على ذرعانه ولو رابح على ماله نسبة معلومة منه كنصفه وثلثه وثمنه جاز ولو
وهب له البايع الثمن كله فله ان يرابح على الثمن كله ولو وهب له او حط عنه بعضه ليس له ان يرابح الا على ما بقى ولو باعه
بالثمن عرضا او اعطى به دينا فهلك كان له ان يرابح على الثمن لانه صار قابضا له بهذا الطريق ولو اشترى شيئا بغبن فاحش
او بدين له على انسان وهو لا يشترى بذلك القدر بالغبن فليس له ان يبيعه مرابحة من غير بيان ولو اشترى بالدين بما
يباع بمثله جاز ان يرابح عليه سواء اخذه بلفظ الشراء او بلفظ الصلح فى رواية وفى ظاهر الرواية يفرق بين الصلح
والشراء لكن الوجه انه اذا علم انه ثمنه وجب ان يرابح عليه لان منع المرابحة ما كان الا لتهمة الحطيطة فاذا تيقن
انتفاؤها ارتفع المانع بينه وبين الدنيع الكل من فتح القدير فصل لا يصح بيع المنقول اى بيع المشترى المبيع
المنقول قبل قبضه مطلقا وقال مالك بيع ما سوى الطعام قبل القبض جائز لانه صار ملكا للمشترى فيجوز تصرفه فيه
واما بيع الطعام فلم يجز لقوله عم من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يستوفيه اى يقبضه ولنا انه عم نهى عن بيع الغرر وهو
البيع الذى فيه خطر الانفساخ بهلاك المبيع وهو متحقق فى المنقول فقبل القبض قيد بالبيع لانه لو اوصاه لرجل ثم مات
قبل القبض صح الوصية اتفاقا ولو وهبه من البايع فقبل انتقض البيع لان قبضه لا ينوب عن قبض المشترى فتجعل
الهبة مجازا عن الاقالة ولو وهبه من غيره او تصدق به او اقرضه فالاصح انه يجوز فيكون ذلك الغير نايبا له فى القبض
ثم يكون قابضا لنفسه وقيد بالمنقول المبيع لانه لو كان مهرا او ميراثا او بدل الخلع يجوز بيعه قبل القبض اتفاقا لان
العقد لا ينفسخ بهلاكه فيها كذا فى التبيين وذكر فى الاجناس التخلية بين المبيع والمشترى يكون قبضا بشرطه احدها
ان يقول البايع خليت بينك وبين المبيع والثانى ان يكون المبيع بحضرة المشترى بحيث يتمكن من اخذه بلا مانع
ولو باع ضيعة فى الصحراء وسلمها اليه فان كانت قريبة منه بحيث يتصور فيها القبض الحقيقى فى الحال يكون قبضا
والا فلا والناس عن هذا غافلون وهو الصحيح فى ظاهر الرواية والثالث ان يكون المبيع مفرزا عن مشغول بحق
غيره حتى لو باع دارا وسلمها الى المشترى وفيها قليل من المتاع للبايع لم يكن تسليما حتى يسلمها فارغة ولو خلى
البايع فى داره بين المبيع والمشترى لا يكون تخلية عند ابى حنيفة حتى لو هلك المبيع بعد ما فيها يهلك من مال البايع
وعند محمد يكون تخلية فيهلك من مال المشترى وعليه الفتوى ويصح بيع غير المقبوض فى العقار خلافا لمحمد فعنده لا يجوز
بيع العقار قبل القبض كالمنقول ولهما ان بيع الغرر غير متحقق فى العقار لان الهلاك فيه نادر والنادر لا حكم
له حتى لو تصور هلاك العقار قبل القبض بان كان على شط النهر ونحوه لا يجوز اتفاقا كذا فى التبيين واما اجارة
العقار قبل القبض فقيل على الخلاف والصحيح انه لا يجوز اتفاقا لان المعقود عليه هو المنافع وهلاكها غير نادر
فصار كالمنقول ولو بقبضه فالامر موقوف ان قبضه نفذ والا فلا كذا فى الكافى الكل من شرح المجمع واعلم ان الحديث
المستدل به ههنا وهو قوله عم لا تبيعن شيئا حتى تقبضه معلول بغرر الانفساخ وقد خص منه اشياء منها

جواز التصرف فى الثمن قبل قبضه وكذا المهر يجوز لها بيعه وهبته وكذا الزوج فى بدل الخلع وكذا رب الدين فى الدين
اذا ملكه غيره وسلطه على قبضه جاز وكذا اخذ الشفيع قبل قبض المشترى واما اجارة الارض قبل القبض
فالصحيح فيها ما فى الفوائد الظهيرية ان الاجارة قبل القبض لا تجوز بلا خلاف كذا فى الكافى وعليه الفتوى واعلم ان
الاثمان يجوز التصرف فيها قبل القبض استبدالا الا فى غير الصرف والسلم واختلف فى القرض والاصح جوازه
ومن اشترى كيليا كيلا او وزنيا وزنا لا يجوز له بيعه ولا اكله حتى يكيله او يزنه لانه عم نهى عن بيع الطعام
حتى يجرى فيه صاعان صاع البايع وصاع المشترى وقد قال بقولنا مالك والشافعى واحمد وحين علله الفقهاء
بجعله من تمام القبض اذ بالكيل يتميز حقه عن حق البايع اذ عسى ان يكون انقص او ازيد فيفسخ ماله عند البايع و
مال البايع عنده فالحقوا بمنع البيع منع الاكل قبل الكيل والوزن وكل تصرف يبنى على الملك كالهبة والوصية
وما اشبههما والحقوا بالمكيل الموزون وينبغى الحاق المعدود الذى لا يتفاوت كالجوز والبيض اذا اشترى
معدودة وبه قال ابو حنيفة رح فى اظهر الروايتين عنه فافسد البيع قبل العد ثانيا لاتحاد الجامع وهو وجوب
تعرف المقدار وزوال احتمال اختلاط المالين فان الزيادة فيه للبايع خلافا لما روى عنهما من جواز البيع الثانى
قبل العد ولما كان فى المذروعات الزيادة عند الحنفية للمشترى لم يلحقوها فلو اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع
جاز ان يبيعه قبل الذرع لانه لو زاد كان للمشترى ولو نقص كان له الخيار فاذا باعه بلا ذرع كان مسقطا
خياره على تقدير النقص وله ذلك ولما كان النهى عن بيع الطعام اقتصر على ما اذا كان الكيل والوزن النقص ن
مبيعا فلو كان ثمنا بان اشترى بهذا البر على انه كر فقبضه جاز تصرفه فيه قبل الكيل والوزن لان التصرف فى الثمن قبل
قبضه جائز فاولى ان يجوز فيه قبل ما هو من تمام قبضه ثم لا يخفى ان ظاهر النص منع بيع الطعام الا مكايلة ويقتضى
منع بيعه مجازفة ولا نعلم خلافا فى ان ظاهره متروك وانه محمول على ما اذا وقع البيع مكايلة اما اذا اشتراه مجازفة بيع
صبرة فله ان يتصرف فيه قبل الكيل والوزن لان كل المبيع المشار اليه فلا يتصور اختلاط وكذا ما يفيده ظاهره
من التزام جريان الصاعين محمول على ما اذا كان البايع اشتراه مكايلة اما لو كان ملكه بالارث او الزراعة وشراء
مجازفة او استقراض حنطة على انها كر ثم باعها فالحاجة الى صاع واحد وهو صاع هذا المشترى وان كان الاستقراض
تمليكا بعوض كالشراء لكنه شراء صورة عارية حكما لان ما يرده عين المقبوض حكما ولذا لم يجب بدله فى مال الصرف
فكان تمليكا بلا عوض حكما او اشتراها مكايلة ثم باعها مجازفة قبل الكيل وبعد القبض فى ظاهر الرواية لا يجوز لاحتمال اختلاط
ملك البايع بملك بايعه وفى نوادر ابن سماعة يجوز واذا عرف ان سبب النهى امر يرجع الى المبيع كان البيع
فاسدا ونص عليه الف د فى الجامع الصغير ونص على انه لو اكله وقد قبضه بلا كيل لا يقال انه اكله حراما لانه ملك نفسه
الا انه اثم لتركه ما امر به من الكيل فكان هذا الكلام اصلا فى ساير المبيعات بيعا فاسدا اذا قبضها فملكها ثم اكلها
وتقدم انه لا يحل اكل ما اشتراه شراء فاسدا وهذا يبين ان ليس كل ما لا يحل اكله اذا اكله ان يقال فيه اكل حراما
الكل من فتح القدير ويكفى كيل البايع بعد العقد بحضرته ولا معتبر بكيل البايع قبل البيع من المشترى الثانى وان كان
كاله بنفسه بحضرة المشترى لانه ليس صاع البايع والمشترى وهو المشروط بالنص ولا بكيله بعد البيع الثانى بغيبة
المشترى وغيبة وكيله فى القبض لان التسليم الى الغائب لا يتحقق وهذا الكيل المأمور به لتسليم المقدار او الوزن
واما ان كاله او وزنه بعد العقد بحضرة المشترى مرة ففيه اختلاف المشايخ فقال بعضهم لا بد من الكيل او الوزن
مرتين لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين وقال عامتهم كفاه ذلك حتى يحل للمشترى التصرف فيه قبل كيله ووزنه

اذا قبضه وهو الصحيح لان الغرض من الكيل والوزن صيرورة المبيع معلوما وقد حصل بذلك الكيل واتصل به
القبض ومثله اى مثل الكيلى فيما ذكر الوزنى والعددى المتقارب فى شرح القدورى تجب اعادة العد فيه فى رواية
وفى رواية لا تجب وصحح القدورى هذه الرواية كذا فى الذخيرة لا المذروع لان الزيادة له لان الذرع وصف فى المذروع
بخلاف القدر الا اذا سمى لكل ذراع ثمنا فانه حينئذ ياخذ الذرع حكم القدر كما مر وصح التصرف فى الثمن قبل قبضه بالبيع
والهبة والاجارة والوصية سواء كان مما يتعين او لا يتعين عندنا سوى بدل الصرف والسلم لان الملك
مطلق ومنع فى المبيع بالنص على خلاف القياس لغرر الانفساخ وليس فى الثمن ذلك كما عرفت كذا فى فتح القدير
وفصل فى شرح المجمع فقال هذا اذا كان الثمن عينا واما اذا كان دينا فالتصرف فيه هو تمليكه ممن عليه الدين بعوض
او بغير عوض لان تمليكه من غير من عليه الدين غير جائز وصح الحط منه اى حط البايع من الثمن والزيادة فيه اى على
القدر المذكور فى الثمن سواء كان الزائد من جنسه او زيد عليه او من غير جنسه فى غير الصرف وقال زفر والشافعى
لا يصح الحط والزيادة على اعتبار الالتحاق باصل العقد بل الزيادة تبرع مبتدا من البايع والمشترى والحط ابراء من بعض الثمن
متى رده يرتد واما حط كل الثمن فغير ملحق بالعقد اتفاقا لهما ان التقابل بعد ما وقع بين مجموع المبيع والثمن لا يمكن
نقضه وتغييره ولنا انهما كانا مالكين لرفع اصل العقد كما فى البيع بالخيار وفى الاقالة فاولى ان يملكا تغيير وصفه بالحط
والزيادة ثم اشار الى شرط الزيادة بقوله حال قيام المبيع لا بعد هلاكه يعنى ان شرط الزيادة فى الثمن قيام المبيع فى
ظاهر الرواية فلو هلك حقيقة بان مات العبد والدابة او حكما بان اعتقه ودبره او كاتبه او استولدها او باع او
وهب وسلم او آجر او رهنه ثم باعه من المستاجر والمرتهن او طبخ اللحم او نسج الغزل وتخمر العصير واسلم مشترى الخمر
ذميا لا تصح الزيادة لفوات محل العقد اذ العقد لم يرد على المطحون والمنسوج ولهذا يصير الغاصب احق بها اذا فعل
فى المغصوب ذلك وكذا الزيادة فى المهر بشرط بقاء الزوجية فلو زاد بعد موتها لا تصح بخلاف ما لو ذبح الشاة المبيعة ثم
زاد حيث تثبت الزيادة وكذا آجر او رهن او خاط الثوب او اتخذ الحديد سيفا او قطع يد المبيع فاخذ المشترى ارشه
تثبت الزيادة فى كل هذه وانما لم تثبت فيما ذكر من صور الهلاك لانه لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه والالتحاق
وروى الحسن فى غير رواية الاصول عن ابى حنيفة ان الزيادة تصح بعد هلاك المبيع كما يصح الحط بعد هلاكه وفى المبسوط وكذا
اذا كانت الزيادة من الاجنبى وضمنها لانه التزمها عوضا وهذا الالتزام صحيح منه وان لم يملك شيئا بمقابلته هذا فى
زيادة الثمن فاما الزيادة فى المبيع فتصح فى التقاريق تجوز الزيادة فى المبيع بعد هلاكه وكذا ذكر فى المنتقى ويكون لها حصة من الثمن
حتى لو هلكت قبل القبض سقطت حصتها من الثمن بخلاف الحط فانه يصح بعد هلاك المبيع لان المبيع بعد الهلاك بحيث
يمكن حط البدل اى الثمن عما يقابله وحاصله اخراج القدر المحطوط عن ان يكون ثمنا فانما شرط فيه قيام الثمن دون المبيع
والثمن باق فيثبت الحط ملتحقا باصل العقد الا ترى انه يصح الحط بسبب العيب بعد الهلاك فانه يرجع بالنقصان
وبه يكون الثمن ما سوى ما رجع به فاسقاط عوض المعدوم يصح والاعتياض عنه لا يصح وكذا الزيادة فى المبيع اى صح
زيادة البايع فى المبيع لانه تصرف فى حقه وملكه ويتعلق الاستحقاق بكل ذلك من المزيد عليه والزيادة حتى كان للبايع
حبس المبيع الى ان يستوفى الزيادة اذا كان الثمن حالا وليس للمشترى ان يمنع الزيادة ولا مطالبة البايع بتسليم
المبيع قبل اعطائها ولو سلمها ثم استحق المبيع رجع بها مع اصل الثمن وفى صورة الحط للمشترى مطالبة البايع
بتسليم المبيع اذا سلم الباقى بعد الحط ثم ان حكم الاستحقاق يظهر فى المرابحة والتولية فيرابح ويولى على الكل ان زيد
ويرابح ويولى على ما بقى ان حط يعنى يجب ان يرابح على المبيع الاول وما زاده البايع مبيعا لا الاول فقط وكذا التولية

وباشر

وباشر العقد فى المرابحة والتولية على الباقى بعد الحط والشفيع ياخذ بالاقل فى الفصلين اما فى الحط فلانه التحق باصل العقد
واما فى الزيادة فلان حقه تعلق بالثمن الاول وفى الزيادة ابطال حقه الثابت فلا يملكه ومن قال لآخر بع عبدك من زيد
بالف على انى ضامن كذا اى خمسمائة مثلا من الثمن سوى الالف فهذا البيع جائز سواء كان قول الضامن ذلك بعد
معاوضة بين فلان وسيد العبد بالف او اداء او ابتداء اخذ البايع الالف من زيد واخذ الزيادة منها من الضامن
وان لم يقل من الثمن فالالف على زيد ولا شى عليه اى على القائل وذلك لانه اذا قال من الثمن فقد اضاف التزامه
زيادة فى الثمن الى بيعه والزيادة فى الثمن جائزة عندنا خلافا لزفر والشافعى لما عرفت والضمان جائز الاضافة
فقد وجد المقتضى للزوم بلا مانع واما اذا لم يقل من الثمن بل التزم مالا يعطيه اياه ان باعه بالف وهذه رشوة اذ لم يقابل
بالمبيع بحيث لم يقل من الثمن فينعقد بالف فقط ثم فى الاول ان كان بامر المشترى كان للان يحبس المبيع حتى ياخذ الخمسمائة
من الضامن لان البيع على المشترى صار بالف وخمسمائة وللمشترى ان يرابح على الف وخمسمائة ولو كانت دارا
لها شفيع اخذها بالف وخمسمائة ولو رده بعيب او تقايلا فالبايع يرد الالف على المشترى والخمسمائة على الضامن
ولو كان بغير امره لم تثبت الزيادة فى حق المشترى فليس للبايع حبس المبيع على الخمسمائة ويرابح على الف وياخذها
الشفيع بالف ولو تقايلا او ردت بعيب فللاجنبى ان يسترد الخمسمائة وكل دين اجل باجل معلوم صح تاجيله
يعنى من باع بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما صار مؤجلا وبه قال مالك حلافا للشافعى وقال زفر كل دين حال لا يصير مؤجلا بالتاجيل
لانه بعد ان كان حالا ليس الا وعدا بالتاخير قلنا ان الشرع اثبت عند اسقاطه السقوط والتاجيل ابراء لا اسقاط
الى وقت معين فيثبت شرعا السقوط الى ذلك الوقت الا القرض فان تاجيله لا يصح ولو شرط الاجل فى ابتداء
عقد القرض صح القرض وبطل الاجل وعند مالك يصح ايضا لان القرض يصير فى ذمته كساير الديون ولو مات المقرض
فاجله ورثته صح قاضيخان بانه لا يصح كما لو اجل المقرض وقول صاحب المبسوط ينبغى ان يصح على قول البعض
لا يعارضه ولا يفيد ما يعتمد عليه ثم لا فرق بين ان يؤجل بعد استهلاك القرض او قبله هو الصحيح وكيفية تاجيل القرض
تاجيل بدل الدراهم والدنانير المستهلكة اذ باستهلاكها لا يصير قرضا والحيلة فى لزوم تاجيل القرض ان يحيل المستقرض
المقرض على آخر بدينه فيؤجل المقرض ذلك الرجل المحال عليه فيلزم حينئذ وجه المسئلة ان القرض صلة واعارة فى الابتداء
حتى صح القرض بلفظ اعرتك هذه الالف بدل اقرضتك ونحوه ولهذا لا يملكه من لا يملك الصلات والتبرعات كالوصى
والصبى والعبد والمكاتب لانه اعطاه ليأخذ بدله ولهذا يلزم رد مثله بعد ذلك واخذ مثله فعلى اعتبار الابتداء
لا يلزم التاجيل كما لا يلزم تاجيل الاعارة فانه لو اعاره المتاع الى شهر كان له ان يسترده فى الحال اذ لا تاجيل فى
التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح ايضا لانه تصير هذه المعاوضة بيع دراهم بمثلها نسيئة وهو ربوا ثم للمثل
المردود حكم العين كانه رد العين ولولا هذا الاعتبار كان تمليك دراهم بدراهم بلا قبض فى المجلس فلزم اعتباره
شرعا كالعين واذا جعلت كالعين فالتاجيل لا يصح وهذا بخلاف ما اذا اوصى ان يقرض من ماله الف درهم لفلان
الى سنة حيث يلزم ذلك من ثلثه والى هذا اشار بقوله الا فى الوصية لانه وصية بالتبرع فيلزم كما تلزم الوصية بخلاف خدمة عبده
وسكنى داره سنة مع انه لو اعاره عبده وداره سنة كان له ان يسترده فى الحال من ساير التصرفات الا يرى
انه لو اوصى بثمرة بستانه جاز وان كان الثمرة معدومة فى الحال رعاية لحق الموصى ونظرا له فضلا من الله تعالى ورحمة
وللرحمة عليها جازها الشرع وكان القياس ان لا تصح لانها تمليك مضاف الى حال زوال المالكية والله اعلم ولا يصح
التاجيل الى مجهول متفاحش كهبوب الريح ومجىء المطر ويصح فى المتقارب كالحصاد ونحوه كالدياس كما اذا كفل بما

يجوز ويلزم **باب الربوا** بالكسر والقصر اسم من الربو بالفتح والسكون كما قال ابن الاثير فلامه واو وكتبت بالالف
والياء والواو كما في التهذيب لكن الياء كوفية وهو لغة الفضل وشرعا اسم لبيع من البيوع المنهية قطعا قال
الله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تاكلوا الربوا بسبب زيادة فمناسبته بالمرابحة ان في كل منهما زيادة الا ان تلك
حلال وهذه منهية والحل هو الاصل في الاشياء فلذا قدم تلك على هذه هو فضل مال شرعي يعم فضل
احد المتجانسين على الآخر بالمعيار الشرعي اي الكيل والوزن كما في ربوا النقد وفضل الحلول على الاجل والعين
على الدين كما في ربوا النسيئة فهو احتراز عن نحو بيع ثوب بثوبين نسيئة وبيع كر بر وشعير بكري بر وشعير وبيع
مائة بمائة ودانق وحفنة بحفنتين وذراع من الثوب بذراعين نقدا فان الفضل لم يعتبر شرعا فلا يتحقق
فيها الربوا خال عن عوض احتراز عن نحو بيع كري بر بكري بر وفلس شرط في احد البدلين فلو وجد الفضل في احد
البدلين ولم يكن مشروطا في العقد او كان مشروطا فيه ولم يكن في احد البدلين بان يكون لغير البائع والمشتري
في الواقع لا يكون ربوا لاحد العاقدين اي شرط للانتفاع لاحد البائعين او المقرضين او الراهنين حقيقة فلا يرد
ان احد العاقدين قد يكون وكيلا او فضوليا والمعتبر كون الفضل للبائع والمشتري فعبارة لاحد العاقدين
ليس كما ينبغي فتدبر في معاوضة مال بمال احتراز عن هبة بعوض زائد ويدخل فيه ما اذا شرط فيه من الانتفاع بالرهن
كالاستخدام والركوب والزراعة واللبس وشرب اللبن واكل الثمر فان الكل حرام كذا في الجواهر والتف وعلته اي علة للعيار ص
حرمة الربوا القدر الشرعي وهو بالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات والجنس الشرعي وهو الثابت ذكره
في المعنى الاصل فيه الحديث المشهور اخرجه الستة الا البخاري عن عبادة بن الصامت قال قال عم الذهب بالذهب
والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء فاذا اختلفت هذه الاصناف
فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد ولما رتب الحكم على المكيل والموزون مع الجنس تفرع عليه ان العلة الكيل او الوزن
مع الجنس وان الحكم اي حرمة الربوا ووجوب التسوية معلول عند القائسين فقال الشافعي العلة الطعم في المطعومات
والثمنية في الاثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص من الحرمة وكان يقول في القديم العلة الطعم مع الكيل والوزن
وفي الجديد هي الطعم فقط في الاربعة والثمنية في النقدين وقال مالك العلة الاقتيات والادخار وعندنا العلة
القدر والجنس لان النص المشهور اوجب التماثل شرطا للبيع وايجاب المماثلة هو المقصود بسوق الحديث اذ لا بد
فيه من اضمار لفظ بيعوا حيث انتصب مثلا اي بيعوا هذه الاشياء مثلا بمثل وبهذا تبين ان الاباحة في بيع
الاموال الربوية بعضها ببعض هو الاصل وقوله عم لا تبيعوا الطعام الحديث انما ينصرف النهي الى ما بعد الا
نحو ما جاءني زيد الا راكبا وحاصله الامر بالتسوية عند بيعها ولا شك ان في ايجاب المماثلة تحقيقا لمعنى البيع المبني
على التقابل اذ كان عقد معاوضة فاستدعى شيئين كما ان المماثلة تستدعي شيئين وصيانة لاموال الناس
عن التوى فانه اذا قوبل بجنسه قابل كل جنس بكل جنس فاذا كان فضل في احدهما صار ذلك الفضل تاويا على مالكه
بخلاف ما اذا قوبل بغير جنسه فانه لا يتحقق فيه جزء لم يقابل بجزء ثم من تتميم التماثل المساواة في التقابض كان الحال
قرينة على المؤخر فايجاب التقابض ايضا لذلك وبه ظهر قصد المبالغة في الصيانة عن التفاوت حفظا عليهم موالهم
والمماثلة بين الشيئين تمامها باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات اي الصورة والجنسية يسوي المعنى
ولم يعتبر في اثبات المماثلة عدم تفاوت الوصف لان في اعتباره سد باب البياعات لانه قلما يخلو عوضان من جنس
عن تفاوت ما فلم يعتبر ولذا قال عم جيدها ورديها سواء واعلم ان تخصيص الاشياء الستة في الحديث المشهور
بالالزام

لان عامة

لان عامة المعاملات الكائنة يومئذ بين المسلمين كان فيها ان يعلم ان اختلاف الجنس يعرف باختلاف الاسم
الخاص واختلاف المقصود فالحنطة والشعير جنسان عندنا وعند الشافعي ومالك جنس واحد حتى لا يجوز
بيع احدهما بالآخر متفاضلا لان اسم الطعام يقع عليهما قلنا بل جنسان لانهما مختلفان اسما ومعنى وافراده عم باسمها
يدل على انهما جنسان والاتيان بالطعام بالطعام ونحوه اسم الاعم يصح اطلاقه على الاخص لا يوجب ان جميع ما يصدق
عليه يكون متماثلا كالحيوان يصدق على امور متباينة بلا شك كالانسان والفرس واحد يلزم من ذلك ان يكونا جنسا
واحدا بالمعنى الفقهي والثوب الهروي والمروي جنسان لاختلاف الصنعة وقوام الصفة بها وكذا المروي المنسوج
ببغداد وخراسان والكبد الارمني والطالقاني جنسان والتمر كله جنس واحد والحديد والرصاص والشبه اجناس
وكذا غزل الصوف والشعر ولحم البقر والضان والمعز والالية واللحم وشحم البطن اجناس ودهن البنفسج
والخيري جنسان والادهان المختلفة اصولها اجناس فلا يجوز بيع رطل زيت غير مطبوخ برطل مطبوخ مطيب
لان الطيب زيادة فاذا انحصرت علة الربوا في القدر والجنس فحرم على البائع والمشتري بيع الكيلي والوزني بجنسه
متفاضلا او نسيئة ولو للموصل غير مطعوم كالجص ونحوه من الكيلي والحديد وغيره من الوزني وحل البيع في الاشياء المذكورة
متماثلا لقوله عم مثلا بمثل مع التقابض لقوله عم يدا بيد ومتفاضلا غير معير بالمعيار الشرعي وهو بالكيل في
المكيل والوزن في الموزون كحفنة من بر او ذرة او عدس ونحوه وهي بفتح المهملة وسكون الفاء ملء الكفين
كما في الصحاح والمقاييس لكن في المغرب والقاموس والطلبة والنهاية ملء الكف بحفنتين ونحوه من حبة وبيضة
ببيضتين وتمرة بتمرتين وتفاحة بتفاحتين ونحو ذلك مما لا يدخل تحت المعيار الشرعي وهو الكيل والوزن على ما
مر وفيه خلاف الشافعي بناء على ان الاصل في بيع الاموال الربوية الحرمة والمساواة مخلص من الحرمة فما لا يدخل في
المسوى الشرعي يبقى على الاصل وهو الحرمة وعندنا الاصل هو الحل لكن الدخول تحت المعيار شرط الحرمة فما يدخل في
الكيل والوزن ثبت فيه الحرمة وما لا يدخل في واحد منهما يبقى على اصله وهو الحل وتحقيقه ان العلماء الشافعية وكذا
المالكية عينوا العلة بمعنى الباعث على شرع الحكم وعلماؤنا عينوا العلة بمعنى المعرف للحكم ولما حصروا المعرف في الكيل
والوزن جاز بيع ما لا يدخل تحت الكيل مجازفة واجازوا بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين لعدم
المعيار المعرف للمساواة فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف لا بالمثل وهذا في غير الجوز من
العددي المتقارب اما فيه فكلام فخر الاسلام ان الجوزة مثل الجوزة في ضمان العدوان وكذا التمرة بالتمرة لا في حكم
الربوا لان الجوزة ليست مثلا للجوزة لعدم دليل المماثلة ولوجود التفاوت الا ان الناس اهدروا التفاوت فقبل
في حقهم وهو ضمان العدوان واما في حق الشرع وهو وجوب التسوية فلا ومن فروع ضمان ما دون نصف صاع بالقيمة
انه لو غصب حفنة فعفنت عنده ضمن قيمتها فان ابى الآن يأخذ عينها اخذها ولا شيء له في مقابلة الفساد حصل
لها وعند الشافعي لما كان الباعث الطعم حرم الحفنة والتفاحة وامثالهما بمثليهما وما دون صاع في حكم الحفنة
لانه لا تقدير في الشرع بما دونه فعرف انه لو وضعت مكاييل اصغر من نصف الصاع لا يعتبر التفاضل بها وهذا اذا لم يبلغ
كل واحد من البدلين نصف صاع فان بلغ احدهما نصف صاع لم يجز حتى لا يجوز بيع نصف صاع فصاعدا بحفنة وفي
جمع التفاريق قيل لا رواية في الحفنة بالقفيز واللب بالجوز والصحيح ثبوت الربوا فلا يسكن الخاطر الى هذا بل يجب بعد
التعليل بالقصد الى صيانة اموال الناس تحريم التفاحة بالتفاحتين والحفنة بالحفنتين اما اذا كانت مكاييل اصغر منها
كما في ديارنا من وضع ربع القدح وعن القدح المصري فلا شك وكون الشرع لم يقدر بعض المقدرات الشرعية في

الواجبات المالية كالكفارات وصدقة الفطر باقل منه لا يستلزم اهدار التفاوت المتيقن بل الحل بعد تيقن التفاضل مع تيقن تحريم اهداره ولقد اعجب غاية العجب من كلامهم هذا وروى المعلى عن محمد انه كره التمرة بالتمرتين وقال كل شئ حرم في الكثير فالقليل منه حرام ويتفرع على الخلاف ما لو تبايعا مكيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس مع التفاضل على ما قررناه للصيانة وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية هذا ولكن يلزم على التعليل بالصيانة ان لا يجوز بيع عبد بعبدين وبعير ببعيرين وجوازه مجمع عليه اذا كان حالا فان قيل الصيانة حكمة فيناط بالمعرف لها وهو الكيل والوزن قلنا انما يجب ذلك عند خفاء الحكمة وعدم انضباطها وصون المال ظاهر منضبط فان المماثلة وعدمها محسوس وبذلك تعلم الصيانة وعدمها غير ان ضبط هذه الحكمة بالكيل والوزن تفاديا عن نقضه بالعبد بعبدين وثوب هروي بهرويين وفي الاسرار ما دون الحبة من الذهب والفضة لا قيمة له كذا في فتح القدير فان وجد الوصفان اي الكيل والوزن مع الجنس قال في الهداية الجنس والمعنى المضموم اليه لم يقل القدر لما عرفت انه اعم فانه اذا اختلف كيلا او وزنا لا يوجد المضموم اليه ويوجد القدر حرم الفضل فلا يجوز بيع قفيز بقفيزين منه والنسا بالمد لا غير بمعنى التاخير فلا يجوز بيع قفيز بر بقفيز منه متساويا واحدهما نسيئة وانما قلنا متساويا لانه اذا لم يوجد التساوي تكون الحرمة للفضل فلا يثبت انها للنسيئة وانما قلنا واحدهما نسيئة لانه اذا كان كلاهما نسيئة لا تكون الحرمة لربوا النسيئة بل لانه بيع الكالي بالكالي وهو منهي بالنص والمعنى حرم هذان المبيعان بسبب الفضل الحقيقي والحكمي فلا يحل اكله ولو بعد القبض لكن يجوز سائر التصرفات مع الكراهة لانه بيع فاسد وفي تاخير النسيئة اشعار بانه انكر من ربوا النقد ولذا كفر منكره بلا خلاف بخلاف منكر ربوا النقد لخلاف ابن عباس رضه كما في الزاهدي وروي رجوعه عنه على ان الصحابة رضهم لم يسوغوا اجتهاده فيه فمستحله كافر اولئك اصحاب النار هم فيها خالدون كما في المبسوط وغيره كذا في القهستاني رجل له على رجل عشرة دراهم فاراد ان يجعلها ثلاثة عشر الى اجل قالوا يشتري من المديون شيئا بتلك العشرة ويقبض المبيع ثم يبيع من المديون بثلاثة عشر الى سنة فيقع التحرز عن الحرام ومثل هذا مروي عن رسول الله عم انه امر بذلك كذا في قاضيخان وان عدما اي الوصفان حلا اي الفضل والنسيئة كبيع الحنطة بالدراهم والثياب الهروي بمرويين الى اجل والجوز بالبيض الى اجل لانه لما انعدمت العلة المحرمة عاد حكم الاصل في البيع وهو الحل الثابت بالاطلاق قوله تعالى احل الله البيع وان وجد احدهما فقط كبيع الحنطة بالشعير والذهب بالفضة حل التفاضل لقوله عم واذا اختلف الجنس وتنوع النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد لا النسيئة فلا يسلم ثوب هروي في ثوب هروي لاتحاد الجنس ولا بر في شعير لوجود القدر وكذا اذا باع عبدا بعبد الى اجل لوجود الجنسية ولو باع العبد بعبدين او الهروي بهرويين حاضرا جاز وحنطة في شعير وكذا حديد في رصاص

ومقتضاه ان لا يجوز فلوس وجبن ونحوه في زماننا لانها وزنية فحرمة ربوا الفضل بالوصفين جميعا وحرمة النسيئة باحدهما وقال الشافعي الجنس بانفراده لا يحرم النسيئة لانه لا دليل عليه ولنا انه مال الربوا نظرا الى القدر او الجنس وعرف ان النقدية اوجبت فضلا في المالية حتى تعورف البيع بالحال بانقص منه بالمؤجل فتحقق بوجوده شبهة علة الربوا فتثبت شبهة الربوا وشبهة الربوا مانعة كحقيقة الربوا بالاجماع على منع بيع الاموال الربوية مجازفة واكن ظن التساوي وتحققت الصرفتان في الربوية وليس فيها الا شبهة ثبوت الفضل بل قالوا لو تبايعا مجازفة ثم كيل بعد ذلك فظهر التساوي لم يجز عندنا ايضا خلافا لزفر لان العلم بالمساواة

عند العقد شرط الجواز ولنهيه عم عن الربوا والريبة وكذا الاتفاق على انه لا يجوز بيع الحنطة بالشعير نسيئة يفيد ما ذكرنا والتحقيق ان المعول في ذلك ما تقدم من حديث عبادة بن الصامت من قوله في آخر الحديث فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد فالزم التقابض عند الاختلاف وهو تحريم النسيئة وشرط التعيين والتقابض في الصرف عقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان ذهبا وفضة بجنسه او بغير جنسه فان كان بجنسه اشترط فيه التساوي والتقابض قبل افتراق الابدان وان اختلف المجلس حتى لو عقدا عقدا ومشيا فرسخا ثم تقابضا وافترقا صح ولو كان بخيار الشرط والاجل فاسقطا الخيار والاجل في المجلس عاد صحيحا خلافا لزفر وان بخلاف جنسه كالذهب بالفضة اشترط ما سوى التساوي وانما اشترط التقابض لقوله عم الفضة بالفضة ربوا الا هاء وهاء وروى ابن ابي شيبة من حديث ابن عمر رضه الذهب بالذهب ربوا الا هاء وهاء والورق بالورق ربوا الا هاء وهاء والبر بالبر ربوا الا هاء وهاء وهمزة بوزن هاع مبني على الفتح ومعناه خذ يعني هو ربوا الا فيما يقول كل منهما لصاحبه خذ ومنه هاؤم اقرؤا كتابيه وفسر في بعض الحديث بانه يعني يدا بيد وشرط التعيين فقط في غيره اي غير الصرف مما فيه الربوا من بيع الاموال الربوية بجنسها او بغير جنسها يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض فلو افترقا بعد تعيين البدلين عن غير قبض جاز عندنا خلافا للشافعي في بيع الطعام بالطعام اي كل مطعوم حنطة او شعيرا او لحما او فاكهة فانه يشترط فيه التقابض لقوله عم يدا بيد ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط في صحة بيعه القبض كالثوب بالثوب والعبد بالعبد ونحو ذلك وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف وذلك يترتب على التعيين فلا حاجة الى اشتراط شرط آخر وهو القبض بخلاف الصرف لان التعيين لا يحصل فيه الا بالقبض فان الدراهم والدنانير لا تتعين مملوكة بالعقد الا بالقبض ومعنى قوله عم يدا بيد عينا بعين كذا رواه عبادة بن الصامت وله رواية اخرى عند مسلم عينا بعين فمن زاد او ازداد فقد اربى وما نص على تحريم الربوا فيه كيلا فهو كيلي ابدا كالبر والشعير والتمر والملح وما نص على تحريمه وزنا فهو وزني ابدا كالذهب والفضة ولو تعورف بخلافه يعني كل شئ نص عم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل ابدا وان ترك الناس الكيل فيه حتى لا يجوز بيعه وزنا وان تماثلا في الوزن الا اذا علم انهما متماثلان في الكيل ايضا وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون ابدا لان النص اقوى من العرف لان العرف جاز ان يكون على باطل والنص بعد ثبوته لا يحتمل ان يكون على باطل ولان حجية العرف على الذين تعارفوه والتزموه فقط والنص حجة على الكل فهو اقوى ولان العرف انما صار حجة بالنص وهو قوله عم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وفي المجتبى ثبت بهذا ان ما يعتاده اهل خوارزم من بيع الحنطة الربيعية بالخريفية موزونا متساويا او متفاضلا نقدا او نسيئة لا يجوز وما لا نص فيه حمل على العرف اي على عادات الناس في الاسواق كغير الستة المذكورة لان العادة دلالة على الجواز فيما وقعت عليه لقوله عم ما رآه المسلمون حسنا الحديث ومن ذلك دخول الحمام وشرب ماء السقاء لان العرف بمنزلة الاجماع عند عدم النص وعن الثاني انه ان ما كان مستخرجا من اصل فهو ملحق به لانه تبع له كالدقيق وعن ابي يوسف انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك الكيل في الشئ او الوزن فيه ما كان في ذلك الوقت الا لان العادة اذ ذاك بذلك وقد تبدلت فتبدل الحكم واجيب بان تقريره عم اياهم على ما تعارفوا في ذلك بمنزلة النص منه عليه فلا يتغير بالعرف لان العرف لا يعارض النص كما ذكرناه آنفا فلا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد بيع البر بالبر متماثلا وزنا ولا يجوز بيع الذهب بالذهب متماثلا كيلا وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل

[illegible] الشعير بالشعير ربوا الا هاء وهاء [illegible] ربوا الا هاء وهاء [illegible]

لو كان بالعيار المنصوص عليه كما لو باع مجازفة فانه لا يجوز لتوهم الفضل في احدهما ويجوز الاسلام في الحنطة ونحوها
وزنا لان المصحح فيه كون المسلم فيه معلوما على وجه لا يكون بينهما فيه نزاع وذلك يتحقق باتفاقهما على الوزن بخلاف
بيعها بجنسها فان المصحح هناك التماثل بالمسوى الشرعي المعين فلما لم يكن ذلك المسوى انتهى بالجزاف فلا يجوز
وهذا مختار الطحاوي وقد روى الحسن عن اصحابنا انه لا يجوز لانها مكيل بالنص والحاصل ان فيه روايتين والفتوى على الاول
وقولهم في الكافي الفتوى على عادة الناس يقتضي انهم لو اعتادوا ان يسلموا فيها كيلا فاسلم وزنا لا يجوز ولا ينبغي
ذلك بل اذا اتفقا على معرف كيل او وزن ينبغي ان يجوز لوجود المصحح وانتفاء المانع وفي جمع التفاريق روي عنهما
جواز السلم وزنا في المكيلات وكذا عن ابي يوسف في الموزونات كيلا انه يجوز ولذا اطلقه الطحاوي فقال لا باس بالسلم
في المكيل وزنا وفي الموزون كيلا هذا الذي ذكره فرق بين الكيلي نصا الوزني عادة وقلبه فاما الوزني نصا وعادة
كما في الآنيتين من جنس واحد حديدا او ذهب او فضة احدهما اكثر وزنا من الآخر ففي الآنيتين من غير النقدين يجوز
بيع احدهما بالآخر اذا كانت العادة ان لا يباعا وزنا لانه عددي متقارب وفي اواني الذهب والفضة لا يجوز
لانه يجري فيهما ربوا الفضل وان كانت لا تباع وزنا في العادة فان الوزن في الذهب والفضة منصوص عليه
فلا يتغير بالصنعة بالعادة واما في الحديد ونحوه فالوزن فيه ثابت بالعرف فيخرج بالصنعة ايضا عن ان يكون موزونا بالعرف
الكل من فتح القدير وجاز بيع فلس معين بفلسين معينين خلافا لمحمد الاصل ان الفلس لا يتعين بالتعيين ما دام
رائجا عند محمد وعندهما يتعين حتى لو هلك احدهما قبل القبض بطل العقد وجه محمد ان الثمنية تثبت باصطلاح
الكل فلا تبطل باصطلاحهما واذا بقيت اثمانا لا تتعين فصار كما لو كانا بغير عينهما وكبيع الدرهم بالدرهمين
ولهما ان ثمنيتها في حقهما ثبتت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فيبطل باصطلاحهما واذا بطلت الثمنية تعينت
بالتعيين لصيرورتها عرضا بخلاف الدرهم بالدرهمين لان النقود للثمنية خلقة وبخلاف ما اذا كانا بغير عينهما
لانه بيع الكالي بالكالي وقد نهي عنه وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم النساء ويجوز
بيع الكرباس بالقطن متفاضلا لاختلاف الجنس باعتبار المقصود والمعيار ولا خلاف فيه والقطن بالغزل
يجوز عند محمد لما ذكرنا خلافا لابي يوسف للمجانسة والفتوى على قول محمد كذا في الاختيار ويجوز بيع اللحم المفصول
عند ابي حنيفة وابي يوسف سواء كان اللحم من جنس ذلك الحيوان او لا مثلا او اكثر مما في الحيوان او لا بشرط التعيين
اما بالنسيئة فلا لامتناع السلم في الحيوان واللحم وعند محمد لا يجوز بيعه بحيوان جنسه حتى يكون اللحم اكثر مما في
الحيوان من اللحم يعني فصل محمد فقال ان باعه بلحم غير جنسه كلحم البقر بالشاة الحية ولحم الجزور بالبقرة الحية يجوز كيف
ما كان وان كان من جنسه كلحم شاة بشاة حية فشرطه ان يكون اللحم المفرد اكثر من اللحم الذي في الشاة ليكون
لحم الشاة بمقابلة مثله من اللحم وباقي اللحم بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربوا اما لزيادة السقط ان كان
اللحم المفرد مثل ما في الحيوان من اللحم او لزيادة اللحم ان كان اللحم اقل مما في الشاة فصار كبيع الحل بالسمسم وهو دهن السمسم
بالسمسم لا يجوز الا على ذلك الاعتبار والمراد بالسقط ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالكرش والمعلاق والجلد والاكارع
ولو كانت الشاة مذبوحة مسلوخة جاز اذا تساويا وزنا بالاجماع والمراد بالمسلوخة المفصولة من السقط
وان كانت بسقطها لا يجوز الا على الاعتبار ولو باع شاة مذبوحة بشاة حية يجوز عند الكل وعلى هذا شاتان
مذبوحتان غير مسلوختين بشاة مذبوحة لم تسلخ يجوز وقال مالك والشافعي واحمد لا يجوز بيع اللحم بالحيوان
اصلا لا بطريق الاعتبار ولا بغيره خلافا للمزني من اصحاب الشافعي فانه قال كقول ابي حنيفة وابي يوسف ولو باعه

بلحم غير

بلحم غير جنسه كلحم البقر بشاة فقال مالك واحمد يجوز وللشافعي قولان والاصح انه لا يصح لعموم نهيه عم عن بيع
اللحم بالحيوان ووجه قول ابي حنيفة وابي يوسف في الاطلاق انه باع موزونا بما ليس بموزون فعلى تقدير اتحاد
الجنس كما قال محمد باعتبار ما في الضمن كالعصير مع العنب واللبن مع السمن لكن باتحاده مع اختلاف القدر
به انما يمنع النساء بشرط التعيين ولا يجوز النساء فيه وانما قلنا ان الحيوان ليس بموزون لانه لا يوزن عادة
فليس فيه احد المقدرين الشرعيين الوزن او الكيل لان الحيوان لا يعرف قدر ثقله بالوزن لانه يثقل نفسه
ويخففها فلا يدري بخلاف الدهن والسمسم لان الوزن يعرف قدر الدهن اذا ميز بالتمييز ثم يوزن الثجير
هذا على التنزل والا فهما على ما قال غير صاحب الهداية يعتبران لحم الشاة مع الشاة الحية جنسين اخذا من قوله
تعالى فكسونا العظام لحما ثم انشأناه خلقا آخر اي بعد نفخ الروح فعلم ان الحي مع الجماد جنسان فيجوز بيع
احدهما بالآخر من غير اعتبار وانما امتنع النساء لانه سلم وهو لا يجوز كما مر ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متماثلا
كيلا وهو قول احمد وكذا استقراضه كيلا والسلم فيه كيلا ومنع الشافعي كيل الدقيق بالدقيق لانه لا يعدل
في الكيل لانه ينكبس بالكبس فلا يتحقق التساوي في الكيل ونحن نمنع كونه لا يعلم بل يعلم وما يتوهم من التفاوت
بالكبس يتوهم مثله في كيل القمح وقد سقط اعتباره وفي الذخيرة عن الامام الفضلي انما يجوز اذا تساويا كيلا اذا
كانا مكبوسين وهو حسن وفي بيع الدقيق بالدقيق وزنا روايتان وفي الخلاصة لم يذكر غير رواية المنع فقال في
جنس آخر في الزرع والثمار واما بيع الدقيق بالدقيق وزنا لا يجوز فيها ايضا سواء كان احد الدقيقين اخشن
او ادق وكذا بيع النخالة بالنخالة وفي شرح ابي نصر يجوز بيع الدقيق بالدقيق اذا كانا على صفة واحدة من النعومة
والذي في الخلاصة احسن لاهدار ذلك القدر من زيادة النعومة وبيع الدقيق المنخول بغير المنخول لا يجوز الا متماثلا
وبيع النخالة بالدقيق يجوز بطريق الاعتبار وعند ابي يوسف بان كانت النخالة الخالصة اكثر من النخالة التي في الدقيق
لا يجوز بيع دقيق نوع من الحنطة او الشعير بالسويق اي بسويق ذلك النوع عند ابي حنيفة اصلا اي لا متفاضلا
ولا متساويا اما دقيق الحنطة بسويق الشعير وعكسه فلا شك في جوازه خلافا لهما لهما ان دقيق الحنطة وسويقها مثلا
جنسان وان رجعا الى اصل واحد لاختلاف المقصود اختلافا كثيرا بعد القلي والطحن فان المقاصد من الدقيق مثل ان
يصنع خبزا او عصيدا او اطرية وهو شبه الرشتا لا يتأتى من السويق كما ان ما يقصد به السويق وهو ان يذاف
مع عسل ويشرب او يلت بسمن وعسل ويؤكل لا يتأتى من الدقيق واذا كانا جنسين جاز بيع احدهما بالآخر متساويا
ومتفاضلا وابو حنيفة يمنع انهما جنسان وله طريقان احدهما ان بيع الحنطة المقلية بالحنطة غير المقلية لا يجوز
اتفاقا وذلك ليس الا لاعتبار اتحاد الجنسية وعدم العلم بالتساوي مع مساواة الكيل لاكتناز احدهما
فيه دون الاخرى والدقيق اجزاء غير المقلية والسويق اجزاء المقلية ولم يزد الدقيق على الحنطة الا بتكسير
بالطحن وكذا الآخر وذلك لا يوجب اختلاف الجنس بعد اتحاده والثاني ان بيع الحنطة غير المقلية بالسويق لا يجوز
وكذا بيع الحنطة المقلية بالدقيق وليس ذلك الا لاستلزامه ربوا الفضل وربوا الفضل لا يثبت الا مع المجانسة
فكانت المجانسة ثابتة بين السويق والحنطة والدقيق اجزاء الحنطة فثبتت المجانسة بين الدقيق والسويق
ثم يمنع العلم بالمساواة فيمتنع البيع مطلقا قولهم اختلفت المقاصد فاختلف الجنس قلنا اعظم المقاصد بهما متحد وان
فيه وهو التغذي فلا يبالي لفوات بعضها الذي هو دون المقصد الاعظم بدليل الحكم باتحاد الجنس في الحنطة المقلية وغير
المقلية حتى امتنع بيع احدهما بالاخرى كما ذكرنا بسبب اتحادهما في ذلك المقصود الاعظم مع فوات ما هو دونه من المقاصد

فان المقلية لا تصلح للزراعة ولا للهريسة ولا تطحن فيتخذ منها خبز وكذا العلكة اى الجيدة السالمة من السوس مع
المسوسة ومع ذلك جعلا جنسا واحدا غير ان المسوسة يجوز بيعها بالعلكة كيلا متساويا والمقلية مع غير المقلية
لا يجوز لما ذكرنا من ان الكيل لا يسوى بينهما فاما بيع الحنطة المقلية بالمقلية فاختلفوا قيل يجوز اذا تساويا
كيلا ذكره فى الذخيرة وقيل لا وعليه عول فى المبسوط ووجهه ان النار قد تأخذ فى احدهما من الآخر والاول
اولى ويجوز بيع الرطب بالرطب متماثلا كيلا عندنا وكذا بيع الرطب بالتمر والعنب بالزبيب متماثلا عند ابى
حنيفة خلافا لهما وللمالك والشافعى واحمد لهم حديث ابى وقاص رضه وهو قوله عم حين سئل عن شراء التمر بالرطب
اينقص الرطب اذا جف قال نعم فنهاه عم عن ذلك وله ان الرطب ان كان من جنس التمر جاز لقوله عم التمر
بالتمر مثلا بمثل وان لم يكن تمرا جاز لقوله عم اذا اختلف الجنسان او النوعان فبيعوا كيف شئتم وكذا العنب
بالزبيب ونقل القدورى فى التقريب عن ابى جعفر جواز بيع الزبيب بالعنب قولهم جميعا فاما العنب بالعنب
فيجوز عندنا وبه قال مالك واحمد والمزنى خلافا للشافعى وكذا الخلاف فى كل ثمرة لها حال جفاف كالتين والمشمش
والجوز والكمثرى والرمان والاجاص لا يجيز بيع رطبة برطبة كما يجيز بيع رطبه بيابسه لانه لا يعرف قدر النقصان اذ
قد يكون نقصان احدهما اكثر من الآخر وكذا الخلاف فى الباقلاء الاخضر بمثله وكذا بيع البر رطبا او مبلولا بمثله او
باليابس والتمر والزبيب منقعين اسم مفعول من انقع الزبيب فى الخابية اذا القاه فيها ليبتل ويخرج منه
الحلاوة اى الذى اصابه ماء وانتفخ به بمثلهما متساويا يجوز عند ابى حنيفة خلافا لمحمد فى الفصول كلها واصله
ان محمدا يعتبر فى اعدل الاحوال وهو المال عند الجفاف وابو حنيفة وابو يوسف يعتبران المساواة فى الحال عملا
باطلاق حديث عبادة بن الصامت وغيره الا ان ابا يوسف ترك هذا الاصل فى بيع الرطب بالتمر لحديث
ابى وقاص فهو مخصوص من القياس فلا يلحق به الا ما كان فى معناه والحنطة الرطبة ليست فى معنى الرطب من كل
وجه فان رطوبته فى الرطب مقصود وفى الحنطة عيب ويجوز بيع لحم حيوان حى كان [illegible] بلحم حيوان حى آخر كالبعير ولذا
قال غير جنسه متفاضلا لاختلاف الجنس وكذا اى مثل اللحم اللبن فجاز بيع لبن الغنم بلبن البقر متفاضلا لاختلاف
والجاموس مع البقر جنس واحد فلا يجوز بيع لحم البقر بلحم الجاموس متفاضلا وكذا المعز مع الضأن والبخت
مع العراب لا يجوز بيع شئ منها بالآخر متفاضلا لاتحاد الجنس وانما جاز بيع لحم الجنس الواحد من الطيور كالسمان
مثلا والعصافير متفاضلا لانه ليس مال الربوا اذ لا يوزن لحم الطير ولا يكال وينبغى ان يستثنى من لحوم الطير
الدجاج والاوز لانه يوزن فى عادة ديار مصر بعظمه وقال مالك اللحوم كلها ثلاثة اجناس الطيور جنس والدواب
اهليتها ووحشيتها جنس واحد والبحريات ويجوز بيع خل العنب بخل الدقل بفتحتين نوع من اردأ التمر
متفاضلا انما خص خل الدقل وان كان حكم سائر التمور كذلك لانهم يجعلون الخل من الدقل وكان هو خارج
الكلام مخرج العادة ثم لما كان هذان الخلان جنسين جاز بيع احدهما بالآخر متفاضلا ولكن لا يجوز بيع احدهما
بالآخر نسيئة لانه جمعهما قدر واحد وهو الوزن او الكيل كذا فى المبسوط وكذا عصيرهما لاختلاف اصلهما جنسا
واما شعر المعز وصوف الغنم فجنسان لاختلاف المقاصد بخلاف لحمهما ولبنهما جعل جنسا واحدا لما ذكرنا
لاتحاد الجنس مع عدم الاختلاف فان ما يقصد من الشعر من الآلات غير ما يقصد من الصوف فصار كالبو
اختلاف الامور المتنوعة ثلاثة اشياء اختلاف الاصول واختلاف المقاصد وزيادة الصنعة فان قيل يلزم
ان تعد البان الابل والبقر والغنم جنسا واحدا لاتحاد المقصود اجيب بمنع اتحاده فان لبن البقر يقصد للسمن

ولبن

ولبن الابل لا يأتى منه ذلك وكذا الاغراض للآكل تتفاوت فان بعض الناس لا يطيب له البقر ويتصور بدون
الضأن وكذا فى الابل ومن لاختلاف بالصنعة جواز بيع آنائى صفرا وحديدا احدهما اثقل من الآخر وكذا قمقمة
بقمقمتين وابرة بابرتين وخوذة بخوذتين وسيف بسيفين ودواة بدواتين ما لم يكن شئ من ذلك من احد
النقدين فيمتنع التفاضل وان اصطلحوا بعد الصياغة على ترك الوزن والاقتصار على العد والصورة وكذا
يجوز بيع شحم البطن بالالية بفتح الالف وباللحم متفاضلا لانها اجناس لاختلاف الصور والمعانى والمنافع
واما شحم الجنب ونحوه فتابع للحم وهو مع شحم البطن والالية جنسان وكل ذلك لا يجوز نسيئة لان الوزن يجمعهما واما
الرؤس والاكارع والجلود فيجوز يدا بيد كيف ما كان لا نسيئة لانه لم ينضبط بالوصف حتى ان السلم فيه لا يجوز
ويجوز بيع الخبز بالبر والدقيق او السويق ولو متفاضلا يدا بيد قيل وهو ظاهر مذهب علمائنا الثلاثة لان
الخبز صار اما عدديا فى عرف او موزونا فى عرف آخر فخرج من ان يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة فيفرض كون
الجنسية جمعتهما اختلف القدر فجاز التفاضل والدقيق اما كيلى فكذلك او وزنى على ما عليه عرف بلادنا ومن
جعله لم يثبت الجنسية بينه وبين الخبز فيجوز التفاضل ايضا وروى عن ابى حنيفة انه لا خير فيه وهذه العبارة تنفى
الجواز بطريق التاكيد للنكرة فى النفى وبهذا القول قال الشافعى واحمد لشبهة المجانسة اذ فى الخبز اجزاء الدقيق او
ان الدقيق بعرض ان يصير خبزا فتشترط المساواة ولا يدرى ذلك والفتوى على الاول وهو الجواز وهو اختيار المتاخرين
عددا او وزنا كيف ما اصطلحوا عليه وهذا اذا كانا نقدين واما بيعهما نسيئة فان كانت الحنطة نسيئة والدقيق ان
اسلم الخبز فيهما اى دفعه نقدا جاز ايضا وان كان الخبز نسيئة بان اسلم حنطة او دقيقا فى خبز لم يجز عند ابى حنيفة لانه
لا يوقف على حده لانه يتفاوت فى الصنعة عجنا وخبزا وكذا عند محمد لانه عددى عنده ويكون منه الثقيل والخفيف ويجوز
عند ابى يوسف لانه وزنى ويجوز بشرط الوزن ان كان العرف فيه العدد والنضج وحسن العجن بصفات مضبوط
نوعها وخصوص ذلك القدر بعينه من العجين والنار يهدر واختاره المشايخ للفتوى اذا اتى بشرائطه لحاجة الناس لكن
يجب ان يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذى يسمى حتى لا يصير مستبدلا بالمسلم فيه قبل قبضه اذا قبض متجوزا
ما هو دون ما سمى صفة واذا كان كذلك فالاحتياط فى منعه لانه قل ان يقبض من النوع المسمى خصوصا فيمن المسلم
فيه فى ايام متعددة كل يوم كذا رغيفا فقل ان لا يصير مستبدلا كذا فى فتح القدير فقد عرفت بهذا معنى قول المصنف
وان كان احدهما نسيئة به يفتى بقائله وشرائطه ولا يجوز بيع الجيد بالردى مما فيه الربوا الا متساويا لما روينا انه
عم قال جيدها ورديها سواء وكذا البر بالتمر يعنى لا يجوز بيع البر بالتمر متفاضلا ويجوز متساويا لان
البر تمر ولا يجوز بيع البر بالدقيق اى بدقيقه او بالسويق اى سويق البر اما سويق الشعير فيجوز لان غاية
ما يستلزم شبهة التفاضل وحقيقته جائزة لاختلاف الجنس فضلا عن شبهته واما المجانسة بين البر ودقيقه
وان انتفت اسما وصورة ومعنى فان المقصود من البر نحو الهريسة والمقلوة واخراج النشا منتف فى
الدقيق فهى باقية من وجه لانهما من اجزاء البر او بالنخالة فانها ايضا من اجزاء البر مطلقا اى لا متفاضلا
ولا متساويا لان المعيار فى كلها الكيل وهو لا يوجب التسوية بينهما لاكتناز احدهما وتخلخل الآخر وان كيلا
بكيل مساو ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج اكثر مما فى الزيتون
والسمسم لتكون الزيادة بالثجير بالثاء المثلثة والجيم ثفل كل شئ يعصر ليكون الدهن بمثله والزائد بالثجير
لان عند العلم بذلك يعرى عن الربوا فلو جهل او علم انه اقل او مساو لا يجوز فالاحتمالات اربع والجواز فى

احدها فانه اذا كان اكثر الخارج منه بمثل الدهن المفرد والزائد منه بمقابلة الثجير ففي فتاوى قاضي خان انما يشترط
ان يكون الخالص اكثر اذا كان الثفل في العدل الآخر شيئا له قيمة اما اذا كان لا قيمة له كما في الزبد بعد اخراج
السمن منه فيجوز مع مساواة الخارج للسمن المفرد ويروى ذلك عن ابي حنيفة وقال زفر يجوز مع عدم العلم
لانه متردد بين الفساد والصحة فلا يثبت الفساد بالشك والاصل الصحة وقلنا الفساد غالب لانه على تقدير
النقصان والمساواة والصحة على تقدير الاكثرية فكان هو الظاهر فوجب الحكم به وعند الشافعي لا يجوز هذا البيع
اصلا لعدم العلم بالتماثل وقت العقد ولا يستقرض الخبز عند ابي حنيفة اصلا اي لا وزنا ولا عددا او لانه
يتفاوت بالخبز والتنور باعتبار كونه جديدا او عتيقا والتقديم في التنور والتاخير فيه ويتفاوت جودة خبز
بذلك واذا منع ابو حنيفة السلم فيه وباب السلم اوسع حتى جاز في الثياب فلا يجوز استقراضه فهو
لاستقراضه امنع وعند ابي يوسف يجوز استقراضه وزنا لان الخبز وزني عنده والتسوية يتاتى به لا بالعدد
للتفاوت في احاده وبه يفتى وعند محمد يجوز عددا ايضا اي كما جاز وزنا للتعامل بين الجيران بذلك وللحاجة
اذ قد تدعوا الى ذلك بين غير الجيران وقد اهدر الجيران التفاوت بين آحاده كما اهدروا بين الجوزتين
والقياس يترك بالتعامل ثم قال في فتح القدير جعل المتاخرون الفتوى على قول ابي يوسف وانا ارى ان
قول محمد احسن ولا ربوا بين السيد وعبده اي المأذون غير المديون لانه وما في يده لمولاه فلا يتحقق الربوا
لعدم تحقق البيع وكذا المدبر وام الولد فان كان عليه دين لا يجوز البيع بطريق الربوا اما عند ابي حنيفة
فلعدم ملكه لما في يد عبده المأذون المديون فهو اجنبي عنه فيتحقق الربوا بينهما وعندهما وان لم يزل ملكه عما
في يده لكن تعلق بما في يده حق الغرماء فصار المولى كالاجنبي عنه فيتحقق الربوا بينهما كما يتحقق بينه وبين
مكاتبه وفي المبسوط ذكر انه لا يتحقق الربوا بينهما مطلقا ولكن على المولى ان يرد ما اخذه على العبد لان كسبه
مشغول بحق غرمائه فلا يسلم له حال الفراغ من دينه كما لو اخذه لا بجهة البيع سواء كان اشترى منه درهما
بدرهمين او لا بخلاف المكاتب لانه صار كالحر يدا وتصرفا في كسبه فيجري الربوا بينهما ولا بين المسلم والحربي
في دار الحرب خلافا لابي يوسف والشافعي ومالك واحمد وعلى هذا الخلاف الربوا بين المسلم الاصلي والمسلم
الذي اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا فلو باع مسلم دخل اليهم مستامنا درهما بدرهمين حل وكذا اذا باع
منهم ميتة او خنزيرا او قامرهم واخذ المال يحل كل ذلك عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف ومن فرقنا لهم
اطلاق النصوص فانها لم تقيد المنع بمكان دون مكان والقياس على المستامن منهم في دارنا ولهما ما روي
انه عم قال لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولان ابا بكر رضه قبل الهجرة حين انزل الله تعالى الم
غلبت الروم الآية قالت له قريش ترون ان الروم تغلب قال نعم فقالوا هل لك ان تخاطرنا فخاطرهم
فاخبر النبي عم فقال عم اذهب اليهم وزد في الخطر ففعل فغلبت الروم فارس فاخذ ابو بكر خطره فاجازه عم وهو
القمار بعينه بين ابي بكر ومشركي مكة وكانت مكة دار شرك ولان مالهم مباح واطلاق النصوص في مال
محظور وانما يحرم على المسلم اذا كان بطريق الغدر فاذا لم ياخذ غدرا فباي طريق ياخذه حل بعد كونه برضى
بخلاف المستامن منهم عندنا لان ماله صار محظورا بالامان فاذا اخذه بغير الطريق المشروع يكون غدرا
وبخلاف الزنا ان قيس عليه الربوا لان البضع لا يستباح بالاباحة بل بالطريق الخاص اما المال فيباح
بطيب النفس به واباحته باب الحقوق والاستحقاق ذكر هذا الباب في اكثر المعتبرات عقيب كتاب البيوع

قبل الخيار

قبل الخيار لكن المصنف تبع الهداية والوقاية يدخل العلو اي علو الحجرة والكنيف اي المستراح ولو في الدار
والمربط والمطبخ والبئر في بيع الدار لان الدار اسم لما ادير عليها الحدود وتشتمل على بيوت واصطبل وصحن
غير مسقف وعلو فيجمع فيها بين الصحن للاستراح ومنافع الابنية للاسكان ولا فرق بين كون الابنية بالتراب
والماء او بالخيام والقباب والعلو من توابع الاصل واجزائه فيدخل فيه بلا ذكره زيادة على شراء الدار لا الظلة وهي
الساباط الذي يكون احد طرفيه على الدار والآخر على دار اخرى او على اسطوانات في السكة ومفتحها في الدار
المبيعة الا بذكر كل حق هو لها اي ذلك الحق لها اي الدار صفة حق فحق الشيء تابع لا بد له منه كالطريق والشرب
كما في الكرماني وغيره او بمرافقها اي بذكر مرافقها والمرفق والحق مترادفان شرعا في ظاهر الرواية وعن ابي
يوسف انه اعم فان تابع الدار ما يرتفق به كالمتوضأ والمطبخ كما في شروط الصيرفي او بكل حق قليل او كثير
هو داخل فيها او خارج منها والجملة صفة حق معادل القليل والكثير فان الصفة لم توصف والاكل على رأى كما
تقرر وبهذا اندفع طعن ابي يوسف على محمد بدخول الامتعة فيها وطعن زفر عليه بدخول الزوجة والولد و[illegible]
كذا في القهستاني والظلة لا تدخل عند ابي حنيفة في بيع الدار ما لم يقل العاقد واحدا من العبارات الثلاثة المذكورة
لان الظلة بتاويل الساباط مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما تدخل بلا ذكر زيادة ان كان مفتحها في الدار
لان مفتحها اذا كان في الدار كانت تبعا للدار كالكنيف الشارع ولا يدخل العلو في شراء المنزل وهو فوق
البيت دون الدار فانه اسم لمكان يشتمل على بيتين او ثلاثة ينزل فيها ليلا ونهارا وله مطبخ وموضع قضاء
حاجة فيتأتى فيه السكنى بالعيال مع ضرب قصور اذ ليس فيه صحن غير مسقف ولا اصطبل الدواب
الا بذكر نحو كل حق هو له فيكون البيت دون المنزل صلح ان يستتبعه فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا
عند ذكر التوابع من غير توقف على التنصيص عليه باسمه الخاص ولشبهه بالبيت لا يدخل بلا ذكر زيادة ولا يدخل
العلو في شراء بيت وهو اسم لمسقف واحد جعل للبيات فيه فمنهم من يقتصر عليه ومنهم من يزيد له دهليزا
وان للوصل ذكر نحو كل حق لان العلو ليس من حق البيت بل هو مثله والشيء لا يستتبع مثله فلا يدخل فيه
الا بالتنصيص عليه هذا في عرف اهل الكوفة اما في عرفنا يدخل العلو من غير ذكر في الفصول كلها سواء كان المبيع
بيتا فوقه علو او منزلا كذلك لان كل مسكن يسمى خانه في بلاد العجم فله علو سواء كان صغيرا كالبيت او غير
الا دار السلطان تسمى سراى كذا في شروح الهداية ولا يدخل الطريق ولا المسيل ولا الشرب في المبيع الا
بذكر نحو كل حق هو له يعني من اشترى بيتا في دار او منزلا فيها او مسكنا فيها لم يكن له الطريق في هذه الدار
الى ذلك المشتري الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل لانه خارج
الحدود الا انه من التوابع فيدخل بذكر التوابع وفي المحيط المراد الطريق الخاص في ملك انسان فاما طريقها الى سكة
غير نافذة والى الطريق العام فيدخل وكذا ما كان له من حق تسييل الماء والقاء الثلج في ملك انسان خاصة
وقال فخر الاسلام واذا كان طريق الدار المبيعة او مسيل مائها في دار اخرى لا يدخل من غير ذكر الحقوق لانه ليس
من هذه الدار فلا تدخل الا بذكر الحقوق الا ان تعليله بقوله لانه ليس من هذه الدار يقتضي ان الطريق الذي في
هذه الدار يدخل وهو غير ما في الكتاب فالحق ان كلا منهما لا يدخل لانه وان كان في هذه الدار فلم يشتر جميع
هذه الدار انما اشترى شيئا معينا منها فلا يدخل ملك البائع او ملك الاجنبي الا بذكره ثم قال فان قال البائع
ليس للدار المبيعة طريق في دار اخرى فالمشتري لا يستحق الطريق بغير حجة ولكن له ان يردها بالعيب وكذلك

لو كانت جذوع دار اخرى على الدار المبيعة فان كانت للبايع يؤمر برفعها وان كانت لغيره كان بمنزلة العيب
وكذا لو ظهر في الدار المبيعة طريق لدار اخرى او مسيل ماء فان كانت تلك الدار للبايع فلا طريق له في الدار المبيعة
لانه باعها من غير استثناء وان كانت لغير البايع كان بمنزلة العيب وتدخل اي الطريق والمسيل والشرب في
عقد الاجارة بدون ذكر ما ذكر لان المقصود منها الانتفاع ولا انتفاع بغير دخول هذه الاشياء والبيع ليس كذلك
فان المقصود في الاصل منه ملك الرقبة لا الانتفاع بعينها عينا بل احالة لذلك وليتجر فيها او يأخذ نقضها فلم يتعين
فائدة البيع فلا تلزم ولهذا اجاز بيع الجحش كما ولد وان لم ينتفع به في الحال وكذا الارض السبخة ولا يصح اجارة ذلك
بخلاف ما لو اشترى علوا واستثنى الطريق يصح ولو استحق العلو ثم اجيز البيع صح لان القضاء بالاستحقاق
لا يوجب انفساخ البيوع الماضية في ظاهر الرواية ولا شيء لصاحب ساحة العلو من الثمن لانه بمقابلة المبيع والمبيع
البناء لا الساحة لان حقه في الهواء **فصل** في الاستحقاق حق هذا الفصل ان يذكر بعد تمام ابواب البيع
لانه ظهور عدم الصحة بعد التمام ظاهرا لكن لما ناسب الحقوق لفظا ومعنى ذكر عقيبه البينة حجة متعدية اي ثابتة في حق
جميع الناس غير مقتصرة على المقضي عليه فانها كاسمها مبينة لما كان ثابتا في نفس الامر قبل الشهادة به لان
الشهود لا يتمكنون من اثبات ملك في الحال لم يكن ثابتا في الاصل ولا القاضي وانما تظهر البينة ما كان ثابتا
قبليه لا تقف عند حد معين ولهذا ترجع الباعة بعضهم على بعض فيما اذا اشترى واحد من آخر واشترى من آخر آخر
آخر وهكذا ثم ظهر الاستحقاق لبعضها بالبينة لانه يثبت قضاء على الكل ولا تسمع دعوى احدهم انه ملكه لان الكل
صاروا مقضيا عليهم بالقضاء على المشتري الآخر كما لو ادعت في يد الآخر انها حرة الاصل حيث يرجعون فالولد
كان منفصلا بها في الزمان الذي يستحب عليها اظهار البينة الملك فيكون له والاقرار حجة قاصرة على المقر لا يتعدى
الى غيره لانه لا ولاية له على غيره ولهذا لا يرجع المشتري على البايع بالثمن في الاستحقاق بالاقرار وانما جعل حجة
لضرورة تصحيح خبره وذلك يحصل باثباته في الحال والعلوق في المآل منفصل عنها والاقرار انما هو بها فقط فلا يتعدى
اليه وبهذا التوجيه يقتضي انه لو ادعاه المقر له لا يكون له وذكر التمرتاشي انه ما لم يكن للمقر له اذا لم يدعه فلو ادعاه
كان له لان الظاهر انه له كذا في النهاية والتناقض يمنع دعوى الملك لانه يكون متهما فيها لا دعوى الحرية مطلقا
والطلاق والنسب وسيأتي وجه الكل ثم فرع على الاصل الاول بقوله فلو ولدت امة مبيعة عند المشتري
لا باستيلاده فاستحقت ببينة تبعها ولدها اي فاستحقها رجل فان كان ببينة اخذها المستحق وولدها معها
وارشها ان كان الولد في يده وقضي به اي بالولد ايضا كما قضي بالام وقيل يكفي القضاء بالام اختلفوا في الولد
هل يدخل في القضاء بالام فيصير مقضيا به مقضيا تبعا قيل نعم يكفي كونه مقضيا تبعا كما ان ثبوت استحقاقه
تبعا وقيل لا بل يشترط القضاء بالولد ايضا لان اصل يوم القضاء لانفصاله واستقلاله ولا بد من الحكم به
وهو الاصح من المذهب واليه تشير المسائل التي ذكرها محمد فانه قال اذا قضى القاضي بالاصل ولم يعلم بالزوائد لا
تدخل الزوائد تحت الحكم وكذا اذا كانت الزوائد في يد غائب لم يدخل القضاء على الغائب في ضمن القضاء
على الحاضر وهو امر جائز عرف انه يشترط القضاء بالولد فهو صحيح ثم ذكر في النهاية ان القضاء باستحقاق المبيع
على المشتري لا يوجب انفساخ العقد الذي بينه وبين البايع ولكن يوجب توقفه على اجازة المستحق وفي
الذخيرة مما يجب اعتباره في فصل الاستحقاق ان استحقاق المبيع يوجب توقف العقد السابق على اجازة
المستحق ولا يوجب نقضه في ظاهر الرواية انتهى واعلم ان المنقول في ان البيع متى ينفسخ اقوال قيل اذا

قبض

قبض المستحق وقيل بنفس القضاء والصحيح انه لا ينفسخ ما لم يرجع المشتري على بائعه بالثمن حتى لو اجاز المستحق
بعد ما قضي له او بعد ما قبضه قبل ان يرجع المشتري على بايعه يصح وقال شمس الائمة الحلواني الصحيح من مذهب
اصحابنا ان القضاء للمستحق لا يكون فسخا للبياعات ما لم يرجع على بائعه بالقضاء وفي الزيادات روي عن ابي ح
انه لا ينقض ما لم يأخذ العين بحكم القاضي وفي ظاهر الرواية لا ينفسخ ما لم يفسخ وهو الاصح انتهى ومعنى هذا
ان يتراضيا على الفسخ لانه ذكر فيها ايضا اذا استحق المشتري فاراد المشتري نقض البيع من غير قضاء ولا رضى
البائع ليس له ذلك لان احتمال اقامة البينة على النتاج من البائع او على تلقي الملك من المستحق ثابت الا اذا قضى
القاضي فيلزم العجز فينفسخ انتهى يعني يلزم العجز عن اثبات ذلك والمراد ان يفسخ المستحق فانه هو المالك نعم لا
شك في انه لو فرض اتفاق عدم رجوع المشتري بعد ان قضي للمستحق واخذ المبيع واستمر غير مجيز انه ينفسخ
فان سكوته بعد الاخذ عن الاجازة قدر ما يتمكن فيه من الاجازة ولم يجز دليل ظاهر على عدم رضاه بالبيع وان اقر
بها اي بالامة لرجل لا يتبعها يعني ان كان الاستحقاق بمجرد اقراره لرجل ان هذه الامة له لا يستحق الولد بذلك
بل يقتصر على الامة وقد عرفت وجه ذلك على الاحتمال عليه ثم فرع على الاصل الثاني بقوله وان قال شخص لآخر اشترني
فانا عبد فاشتراه ظانا انه عبد فاذا هو اي فظهر انه حر ببينة اقامها فان كان البائع حاضرا او كان غائبا
لكن مكانه معلوم لا يضمن الآمر للتمكن من الرجوع من القابض والا اي وان لم يكن حاضرا بل كان غائبا لا يدري
اين هو ضمن الآمر الثمن الذي دفعه المشتري الى البائع ورجع الآمر على البائع بما ضمن اذا حضر البائع وانما رجع عليه
مع انه لم يأمره بالضمان عنه لانه ادى دينه وهو مضطر فيه فلا يكون متبرعا والتقييد بالقيدين لانه لو قال انا عبد
وقت البيع ولم يأمر بشرائه او قال اشترني ولم يقل فانا عبد لا يرجع عليه بشيء وان قال ارتهني فانا عبد
الراهن فارتهن فظهر حرا فلا ضمان على الآمر اصلا اي سواء كان الراهن حاضرا او غائبا يعرف مكانه او لا
يعرف وهذا ظاهر الرواية عنهم وعن ابي يوسف انه لا يرجع في البيع والرهن لان الرجوع بالمعاوضة وهي
المبايعة ههنا او بالكفالة وليس واحد منهما ثابتا ههنا بل الثابت مجرد الاخبار كاذبا فصار كما لو قال اجنبي لشخص
ذلك ولهما ان المشتري شرع في الشراء معتمدا على امره واقراره فكان مغرورا من جهته والتغرير في المعاوضة
التي تقتضي سلامة العوض تجعل سببا للضمان دفعا للغرور بقدر الامكان فكان بتغريره ضامنا لدرك
الثمن له عند تعذر رجوعه على البائع ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه كالمولى اذا قال لاهل السوق بايعوا عبدي
فاني قد اذنت له ففعلوا ثم ظهر استحقاق العبد فانهم يرجعون على المولى بقيمة العبد ويجعل المولى بذلك ضامنا
لدرك ما ذاب عليه دفعا للغرور عن الناس بخلاف الرهن فانه ليس عقد معاوضة بل عقد وثيقة لاستيفاء عين
حقه حتى جاز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه فلو هلك يقع استيفاء للدين ولو كان معاوضة كان استبدالا
بالمسلم فيه قبل قبضه وهو حرام واذا لم يكن عقد معاوضة لا يجعل الآمر به ضامنا لانه ليس تغريرا في عقد معاوضة
ولهذا قالوا لو قال رجل لآخر وقد سأله عن امن الطريق فقال اسلكه فانه آمن فسلكه فنهب ماله لا يضمن وكذا
لو قال كل هذا الطعام فانه ليس بمسموم فاكله فمات غير انه يستحق عند الله عذابا لا يطاق وبخلاف الاجنبي لانه
لا يعبأ بقوله فالرجل هو الذي اغتر قال صاحب الهداية في وضع المسألة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة لان
دعوى الحرية شرط في القضاء ببينتها والدعوى لا تصح من هذا العبد للتناقض فان دعواه الحرية تناقض تصريحه
برقه فاجيب من جهته بعض المشايخ بان هذا الدعوى ان كانت بحرية الاصل فالدعوى ليست بشرط عنده كقولهما

لان التولية منه قد صحت فلا يملك الرجوع كمن اشترى منقولا وطلب جارة الشفعة فظن المشتري ان له شفعة فسلم
ثم اراد احدهما ان ينقض ذلك من غير رضى الاخر لم يكن له ذلك لانه لما سلم اليه صار ذلك بيعا بينهما ولو اختلفا
فقال المشتري له كنت امرتك بالشراء وقال المشتري اشتريته لك بغير امرك فالقول قول المشتري له لان المشتري لما قال
اشتريته لك كان ذلك اقرارا منه بانه اشتراه بامره لان الشراء لا يكون الا بامره عادة وكان القول قوله ثم
ان اخذه بقضاء القاضي لا يحل له ذلك الا اذا كان صادقا في كلامه فيما بينه وبين الله تعالى وان اخذه بغير
قضاء طاب له لانه اخذه برضاه فصار ذلك بيعا منهما بتراض والله اعلم

فصول الرابع

في دعوى الحرية مطلقا لتضمنه تحريم فرج امته على السيد وتحريم اخواتها وبناتها وحرمة الفرج حقه تعالى ليست شرطا في
حق الله تعالى كما في عتق الامة حتى ان الشهود يحتاجون في شهادتهم الى تعيين الامة والطرحات لا تحتاج
في القضاء بها الى الدعوى واذا لم تحتج الى الدعوى لا يضر التناقض فيها وقيل الدعوى شرط مطلقا في حرية الاصل
ودعوى الاعتاق في الكافي والصحيح ان دعوى العبد شرط عند ابي حنيفة في حرية الاصل والعتق العارض لكن التناقض
في دعوى الحرية لا يمنع صحة الدعوى بها اما في حرية الاصل فلخفاء حال العلوق به فيقر بالرق ثم تظهر له حرية الاصل فيدعي
الحرية واما في الاعتاق العارض فلان المولى ينفرد به ولا يعلم العبد فيقر بالرق ثم يعلم فيدعيه والتناقض
في دعوى ما فيه خفاء يعذر فيه وصار كالمختلعة يقيم البينة على تطليق الزوج اياها ثلاثا قبل اختلاعها تقبل
وكذا المكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة تقبل مع ان اقدامهما على سؤال الخلع والكتابة اقرار بقيام العصمة
والرق ولم يضرهما التناقض للخفاء فترجع المراة والمكاتب ببدل الخلع ومال الكتابة وذكر ههنا مسئلة الجامع
الكبير وهي اصل في الاستحقاق وهي رجل اشترى من آخر ثوبا فقطعه قميصا ثم جاء مستحق فقال هذا القميص لي
واثبته بالبينة فالمشتري لا يرجع بالثمن على البائع لان الاستحقاق ما ورد على ملك البائع لانه لو كان ملكا في
الاصل انقطع بالقطع والخياطة كمن غصب ثوبا فقطعه وخاطه ينتقل ملك المغصوب منه الثوب الى الضمان
فالاصل ان الاستحقاق اذا ورد على ملك البائع الكائن من الاصل يرجع عليه وان ورد على المشتري بعد ما صار
الى حال لو كان غصبا ملكه به لا يرجع على البائع لانه متيقن الكذب وكذا لو اشتريها منذ شهرين فاقام رجل
بينة انها له منذ شهر يقضى بها له ولا يرجع هو على بائعه وعرفنا ان المعنى ان يستحقه باسم القميص ولو اقام
البينة انه كان له قبل هذه الصفة رجع المشتري بالثمن وعلى هذا الجواب اذا اشترى حنطة فطحنها
ثم استحق الدقيق ولو قال كانت قبل الطحن لي يرجع وكذا اذا اشترى لحما فشواه ولو اشترى شاة
فذبحها وسلخها فاقام البينة آخر ان الرأس والاطراف واللحم والجلد له فقضى بها رجع المشتري على بائعه لان
هذا استحقاق عين الشاة ومن ادعى حقا مجهولا في دار فصولح اي فصالحه الذي في يده على شيء اي على مائة درهم
مثلا فاستحق بعضها اي فاستحق بعض الدار الا ذراعا مثلا فلا رجوع عليه اي على الذي صالحه بشيء لتمكنه من ان
يقول مرادي من الحق الذي ادعيته هذا الباقي ولو استحق كلها رد كل العوض للعلم بانه اخذ عوض ما لم يملكه
فيرد وفهم منه اي من هذا التقرير ان افهمها ما ذكره المص بقوله صح الصلح عن المجهول على المعلوم لان
الابراء عن المجهول جائز عندنا لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى النزاع فالاخر ان صحة الدعوى ليست شرطا
في صحة الصلح لان دعوى الحق غير صحيح لجهالة المدعى به ولذا لو اقام به بينة لا تقبل اما اذا ادعى اقرار المدعى عليه بالحق
قبلت البينة ولو كان ادعى كلها فصولح على شيء كمائة مثلا ردت حصة ما يستحق ولو بعضا لان الصلح على مائة
وقع عن كل الدار فاذا استحق منها شيء تبين ان المدعي لا يملك ذلك فيرد عوضه فروع اشترى شيئا
ثم قال هو ملك فلان وصدقه او ادعاه فلان وصدقه هو او انكر فحلف فنكل ليس له في شيء من ذلك الرجوع
على البائع بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب فحلف فنكل يلزم الموكل لان النكول من المضطر كالبينة
وهو مضطر في النكول اذ لم يعلم عيبه لا السلامة ولو اقام المشتري بينة على انه ملك فلان لا تقبل لتناقضه
فان اقدامه على الشراء اقرار منه بملك البائع فاذا ادعاه لغيره تناقض بخلاف ما لو برهن على اقرار البائع انه
ملك فلان لعدم تناقضه وبخلاف ما اذا لو برهن على انها حرة الاصل وهي تدعي ذلك او انها ملك فلان وهو
اعتقها او دبرها او استولدها قبل شرائها حيث يقبل ويرجع بالثمن على البائع لان التناقض في دعوى الحرية

ح فلا يحتمل التوقف على الاجازة الا اذا اجاز الصبي بلفظ يصلح للانشاء بان يقول بعد البلوغ اوقعت
ذلك الطلاق او ذلك العتاق فيجوز ويكون ذلك انشاء لا اجازة ولو وكل الصبي وكيلا بهذين التصرفين
ففعل الوكيل ينظر ان فعل قبل البلوغ لا يتوقف وهو باطل لان فعل الوكيل كفعل الموكل ولو فعل الصبي بنفسه لا يتوقف
فكذا اذا فعل الوكيل وان فعل بعد البلوغ يتوقف على اجازته كعقد الفضولي على البالغ وان بلغ الصبي فاجاز التوكيل
بعد البلوغ قبل ان يفعل الوكيل شيئا ثم فعل جاز لان اجازة التوكيل منه بمنزلة انشائه وكذا وصية الصبي لا تنعقد
لانه تصرف لا مجيز له حال وجوده الا يرى لو فعل الولي لا يجوز عليه فلا يتوقف عليه وسواء اطلق الوصية واضاف
الى حال البلوغ لما قلنا حتى لو اوصى ثم مات قبل البلوغ او بعده لا يجوز وصيته الا اذا بلغ فاجاز تلك الوصية بعد البلوغ
لما قلنا حتى لو اوصى فيجوز لان الاجازة منه بمنزلة انشاء الوصية ولو انشأ الوصية بعد البلوغ صح كذا
هذا وعلى هذا تصرف المكاتب والعبد المأذون ان ما له مجيز حال وجوده يتوقف على اجازة المولى وما لا مجيز له
حال وجوده يبطل ولا يتوقف لما ذكرنا من الفقه الا ان بين المكاتب والعبد المأذون والصبي فرقا من وجه
وهو ان المكاتب والمأذون اذا فعل ما يتوقف على الاجازة بان زوج نفسه امرأة ثم عتق ينفذ بنفس الاعتاق
وفي الصبي لا ينفذ بنفس البلوغ ما لم توجد الاجازة ووجه الفرق ان العبد بعد الاذن يتصرف بمالكية نفسه على ما عرف
فكان ينبغي ان ينفذ للحال الا انه توقف لحق المولى فاذا عتق فقد زال المانع فينفذ بخلاف الصبي فان في اهليته
قصورا لقصور عقله فانعقد موقوفا على الاجازة والبلوغ ليس باجازة على ما مر والله اعلم واما شراء الفضولي
فجملة الكلام فيه ان الفضولي اذا اشترى شيئا لغيره فلا يخلو اما ان اضاف العقد الى نفسه واما ان اضافه الى الذي اشترى له
فان اضافه الى نفسه كان المشترى له سواء وجدت الاجازة من الذي اشتري له او لم توجد لان المشتري اذا وجد نفاذا
على العاقد نفذ عليه ولا يتوقف لان الاصل ان يكون تصرف الانسان لنفسه لا لغيره قال الله تعالى لها ما كسبت وعليها
ما اكتسبت وقال تعالى وان ليس للانسان الا ما سعى وشراء الفضولي كسبه حقيقة فالاصل ان يكون له الا اذا جعله لغيره
او لم يجد نفاذا عليه لعدم الاهلية فيتوقف على اجازة الذي اشتري له بان كان الفضولي صبيا محجورا او عبدا
محجورا فاشترى لغيره يتوقف على اجازة ذلك الغير لان الشراء لم يجد نفاذا عليه فيتوقف على اجازة الذي اشترى له
ضرورة فان اجاز نفذ وكانت العهدة عليه لا عليهما لانهما ليسا من اهل لزوم العهدة وان اضاف العقد الى الذي
اشترى له بان قال الفضولي للبائع بع عبدك هذا من فلان بكذا فقال بعت وقبل الفضولي البيع لاجل فلان
او قال البائع بعت هذا العبد من فلان بكذا وقبل المشتري الشراء منه لاجل فلان فانه يتوقف على اجازة المشترى له
لان تصرف الانسان وان كان له على اعتبار الاصل الا ان له ان يجعله لغيره بحق الوكالة وغير ذلك وههنا جعله لغيره
فينعقد موقوفا على اجازته ولو قال الفضولي للبائع اشتريت منك هذا العبد بكذا لاجل فلان فقال بعت لا يتوقف
وينفذ الشراء عليه لانه لم توجد الاضافة الى فلان في الايجاب والقبول وانما وجد في احدهما واحدهما شطر العقد فلا يتوقف
لما ذكرنا ان الاصل لا يتوقف وانما يتوقف لضرورة الاضافة من الجانبين فاذا لم يوجد يجب العمل بالاصل وهذا
بخلاف الوكيل بالشراء انه اذا اشترى شيئا يقع شراؤه للموكل وان اضاف العقد الى نفسه لا الى الموكل لانه لما امره بالشراء
فقد اناب منابه نفسه كان تصرفه كتصرفه بنفسه ولو اشترى بنفسه كان المشترى له والله اعلم ولو اشترى الفضولي شيئا
لغيره ولم يضف المشترى الى غيره حتى لو كان الشراء له فظن المشتري والمشترى له ان المشترى يكون للمشترى له فسلم اليه بعد
القبض بالثمن الذي اشتراه به وقبل المشترى له صح ذلك ويجعل ذلك تولية كانه ولاه منه بما اشترى ولو علم المشتري بعد ذلك
ان الشراء نفذ عليه والمشترى له فسلم اليه بعد القبض بالثمن الذي اشتراه به وقبل المشترى له صح ذلك ويجعل ذلك تولية
كانه ولاه منه بما اشترى ولو علم المشتري ان الشراء نفذ عليه والمشترى له فاراد ان يسترد من صاحبه بغير رضاه ليس له ذلك

وفروعها لا يمنع صحة الدعوى باع عقارا ثم برهن ان ما باعه وقف لا يقبل لان مجرد الوقف لا يزيل الملك بخلاف الاعتاق
ولو برهن انه وقف محكوم بلزومه قبل ولو برهنت امة في يد المشتري الاخير انها معتقة فلان او مدبرته او
ام ولده يرجع الكل الا من كان قبل فلان اشترى شيئا ولم يقبضه حتى ادعى آخر انه له لا تسمع دعواه حتى
يحضر المشتري والبايع لان الملك للمشتري واليد للبايع والمدعي يدعيهما فشرط القضاء عليهما حضورهما
ولو قضى له بها بحضرتهما ثم برهن البايع والمشتري على ان المستحق باعها من البايع ثم هو باعها من المشتري
قبل ولزم البيع لانه يقرر القضاء الاول ولا ينقضه ولو فسخ القاضي البيع بطلب المشتري ثم برهن البايع
ان المستحق باعها منه يأخذها ويبقى له ولا يعود البيع المنتقض ولو قضى للمستحق بعد اثباته بالمستحق ثم برهن البايع
ان المستحق باعها منه يأخذها وتبقى له ولا يعود البيع على بيع المستحق منه بعد الفسخ تبقى الامة للبايع عند ابي حنيفة
وليس له ان يلزمها المشتري لنفوذ القضاء بالفسخ باطنا وظاهرا عنده ولو استحقت من يد مشتر فبرهن
الذي قبله على بيع المستحق من بايع بايعه قبل لانه خصم ولو برهن البائع الاول ان المستحق امره ببيعها وهلك
الثمن في يده يقبل ولو استهلكه او رده لا يقبل ولو اقر عند الاستحقاق بالاستحقاق ومع ذلك اقام مستحق البينة
واثبت عليه الاستحقاق بالبينة كان له ان يرجع على بايعه لان القضاء وقع بالبينة لا بالاقرار لانه محتاج الى
ان يثبت بها ليمكنه الرجوع على بايعه هكذا ذكره رشيد الدين في باب دعوى الدين بسبب وبغير سبب
من فتاواه وذكر في باب ما يكون اقرارا من المدعى عليه من فتاواه المدعي لو اقام بينة على دعواه ثم اقر المدعى
عليه بالملك فالقاضي يقضي بالاقرار لا بالبينة لان البينة انما تقبل على المنكر لا المقر وذكر في آخر كتاب الدعوى
ادعى عينا في يد رجل وانكر المدعى عليه فاقام بينة على ما ادعاه فقبل ان يقضي القاضي للمدعي ببينته اقر المدعى
عليه بالعين للمدعي يقضي بالبينة او بالاقرار اختلف المشايخ بعضهم قالوا بالاقرار وبعضهم قالوا بالبينة
لان المدعي حين اقام البينة كان المدعى عليه منكرا وانما استحق المدعي القضاء بالبينة فلا يبطل هذا الاستحقاق
باقراره والاول اظهر واقرب الى الصواب وهو يناقض ما ذكر في باب دعوى الدين الا ان يخص ذلك بعارض
الحاجة الى الرجوع وقصد القاضي الى القضاء باحد الحجتين بعينها فيتحصل انه اذا ثبت الحق بالبينة والاقرار
ينبغي على ما جعله الاظهر ان يقضي بالاقرار وان سبقه اقامة البينة غير ان القاضي يتمكن من اعتبار
قضائه بالبينة فعند تحقق حاجة الخصم الى ذلك ينبغي ان يعتبر قضاءه بها ليندفع الضرر عنه بالرجوع ولو قضى
بالاستحقاق وطلب المشتري الثمن من البايع لثبوت التقابل ولو لم يتردا ولكن القاضي قضى للمستحق
وفسخ البيع ثم ظهر فساد القضاء يظهر فساد الفسخ ولو احب البايع ان يأمن عائلة الرد بالاستحقاق
فابرأه المشتري من ضمان الاستحقاق بلا رجوع بالثمن ان ظهر الاستحقاق فظهر كان له الرجوع ولا يعمل ما قاله
لان الابراء لا يصح تعليقه قالوا والحيلة فيه ان يقر المشتري ان بايعي قبل ان يبيعه مني اشتراه مني فاذا اقر
على هذا الوجه لا يرجع بعد الاستحقاق لانه لو رجع على بايعه فهو ايضا يرجع عليه باقراره انه بايعه منه والله اعلم
الكل من فتح القدير قوله ومن باع لفضولي ملكه ان يفسخه شروع لنوع من انواع البيع يسمى بالبيع الموقوف
وهو ما كان مشروعا باصله ووصفه ويفيد الملك عند اجازة المالك ذكره في اكثر الكتب عقيب البيع الفاسد
فاخره المصنف الى هنا لان مناسبته لمسائل الاستحقاق ظاهرة لان دعوى الاستحقاق يتضمن دعوى
الفضولي على احسن الوجوه لانه يتضمن ادعواه ان بايعك باع ملكي بغير اذني لغصبه وفضوله واحسن

المخارج الملتمسة فيه فضوله والفضول جمع فضل غلب في الاشتغال بما لا يعنيه وما لا ولاية فيه فقول بعض الجهلة لمن يأمر بالمعروف انت فضولي يخشى عليه الكفر يعني من باع ملك غيره بغير اذنه فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وهو قول مالك واحمد وقال الشافعي لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدا ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية وصار كبيع الآبق والطير في الهواء في عدم القدرة على التسليم وطلاق الصبي العاقل في عدم الولاية وقال عم لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك قلنا البيع الذي يجري فيه المطالبة من الطرفين وهو النافذ والمراد ان يبيعه ثم يشتريه فيسلمه بحكم ذلك العقد وذلك غير محل لان الحادث يثبت مقصورا على الحال وحكم ذلك السبب ليس هذا بل ان يثبت بالاجازة من حين ذلك العقد ولهذا يستحق المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة وسبب ذلك النهي يفيد هذا وهو قول حكيم يا رسول الله ان الرجل يأتيني فيطلب مني سلعة ليست عندي فابيعها منه ثم ادخل السوق فاشتريها فاسلمها فقال عم لا تبع ما ليس عندك وله ان يجيزه بشرط بقاء العاقدين والمعقود عليه اي للمالك ان يجيز البيع اذا وجد الفضولي والذي خاطبه والمبيع والمالك الاول حتى لو مات لا تصح اجازة الوارث وهذا لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيام العقد الذي هو مورد هذا التصرف وقيامه بقيام العاقدين والمعقود عليه والمالك وكذا شرط بقاء الثمن ان كان الثمن عرضا بان باع الفضولي ملك غيره بعرض معين بيع مقايضة واذا اجاز المالك فالثمن العرض ملك للفضولي فالفضولي يكون بيع مال الغير مشتريا للعرض من وجه والشراء لا يتوقف اذا وجد نفاذا فينفذ على الفضولي فيصير مالكا للعرض وعليه اي على الفضولي مثل المبيع لو كان المبيع مثليا كالمكيل والموزون والا اي وان لم يكن مثليا بل كان قيميا كالثوب والعبد فقيمته اي فعليه قيمته وغير العرض ملك للمجيز امانة في يد الفضولي فلو هلك لا يضمنه كالوكيل وللفضولي في البيع ان يفسخ البيع قبل اجازة المالك حتى لو اجازه لا ينفذ لزوال العقد الموقوف وانما كان له ذلك ليدفع الحقوق عن نفسه فانه بعد الاجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد اليه فيطالب بالتسليم ويخاصم في العيب وفي ذلك ضرر به فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته عليه بخلاف الفضولي في النكاح ليس له ان يفسخ بالقول ولا بالفعل لانه معبر محض اي كان قبل عبارة فبالاجازة تنتقل العبارة الى المالك فيصير الحقوق منوطة به لا بالفضولي فلا يلزمه بالاجازة ضرر تعلق الحقوق وقد ثبت للمالك والولي حق ان يجيز وكذا بالفعل كان زوج امرأة برضاها من غايب فقبل ان يجيز زوجه اختها توقف العقد الثاني ايضا بخلاف ما لو وكله بعد عقده فضولا ان يزوجه امرأة فزوجه اختها فان العقد الاول يبطل لطرو البات على الموقوف وصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا اجيز البيع عند ابي حنيفة وابي يوسف وهذا استحسان خلافا لمحمد وزفر ولا يصح بيعه اي بيع المشتري من الغاصب بعد ما اجاز المالك بيع الغاصب وجه محمد وهو القياس انه لا عتق بلا ملك لقوله عم لا عتق فيما لا يملك ابن آدم والموقوف لا يفيد الملك وقت العتق ولو ثبت عند الاجازة ثبت مستندا وهو ثابت وقت العتق من وجه دون وجه والمصحح للاعتاق الملك الكامل لما روينا من الحديث واذا اشترط الملك الكامل لا يصح ان يعتقه الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا المشتري بشرط الخيار للبايع ثم يجيز البايع البيع ولهذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان ولا الطلاق في النكاح الموقوف حتى اذا اجيز لا يقع على المرأة وكل من الطلاق والعتق في الحاجة الى الملك سواء وكذا اذا جعل فضولي امر امرأة رجل بيدها فطلقت نفسها ثم اجاز الزوج لا تطلق بل يثبت التفويض ووجه الاستحسان ان الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه فيثبت الاعتاق موقوفا مرتبا عليه

ثم ينفذ

ثم ينفذ بنفاذه وصار كاعتاق المشتري من الراهن واعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة بالديون يصح وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب ليس سببا موضوعا لافادة الملك وانما يثبت الملك ضرورة اداء الضمان فهو بعرضية ان يصير سببا موضوعا لافادة الملك ضرورة اداء الضمان فهو بعرضية ان يصير سببا الا انه وضع سببا فيقتصر على ذلك ولذا لا يتعدى الى الزوائد المنفصلة بخلاف البيع اذا اجيز يثبت الملك في المتصلة والمنفصلة والبيع بالخيار ليس بتصرف مطلق اذ الخيار يمنع ثبوته في حق الحكم بانا لا موقوفا واما بيع المشتري من الغاصب فانما لا يصح منه لبطلان عقده بالاجازة فان بها يثبت الملك باتا والملك البات اذا ورد على الموقوف ابطله وكذا لو وهبه مولاه للغاصب او تصدق به عليه او مات فورثه فهذا كله يبطل ملك الموقوف لانه لا يتصور اجتماع البات مع الموقوف في محل واحد على وجه يطرأ فيه البات والا فقد كان فيه ملك بات وعرض معه الملك الموقوف وصار كاعتاق المشتري من الراهن فانه يتوقف بالاتفاق على اجازة المرتهن او فك الرهن والجامع انه اعتاق في بيع موقوف وكاعتاق الوارث عبدا من التركة المستغرقة بالدين يصح ثم ينفذ اذا قضى الدين واما عتق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان فنقول ينفذ كذا ذكره هلال الرأي من اصحاب ابي يوسف وهو الاصح فانه ذكر فيمن غصب رهنا فباعها فوقفها المشتري ثم ادى الغاصب ضمانها حتى ملكها قال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق اولى واما عدم وقوع الطلاق في النكاح الموقوف وفي التفويض الموقوف فالاصل فيه ان كل تصرف جعل شرعا سببا لحكم اذا وجد من غير ولاية شرعية فلم يستعقب حكمه يتوقف ان كان مما يصح تعليقه جعل معلقا والا لاحتجنا الى ان نجعله سببا في الحال متأخرا حكمه ان امكن فالبيع ليس مما يعلق فيجعل سببا في الحال فاذا زال المانع من ثبوت حكمه لوجود الاجازة ظهر اثره من وقت وجوده ولذا ملك الزوائد واما التفويض فيحتمل التعليق فجعلنا الموجود من الفضولي معلقا بالاجازة فعندها يثبت التفويض للحال لا مستندا فلا يثبت حكمه الا من وقت الاجازة واما النكاح فلا تعليق ولا يمكن ان يعتبر في حال التوقف سببا لملك الطلاق بل لملك المتعة ولو قطعت يده اي يد العبد عند المشتري من غاصبه فاجيز اي اجاز المالك بيع الغاصب فارشه له ماخوذا كان قبل الاجازة او بعده له اي للمشتري لان الملك تم له من وقت الشراء فتبين ان القطع حصل على ملكه ويتصدق المشتري بما زاد من ارش اليد على نصف ثمنه لانه ما زاد على نصف الثمن لم يدخل في ضمانه لما ان اليد من الآدمي نصفه والذي دخل في ضمانه هو ما كان في مقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمن لان ارش اليد نصف قيمته ولذا نصف ديته وعسى ان يكون نصف القيمة اكثر من نصف الثمن فلا يطيب له الفضل لانه انما دخل في ضمانه بالثمن لا بالقيمة ومن اشترى عبدا من غير سيده ثم اقام المشتري بينة على اقرار البايع انه لم يأمره مالكه ببيعه او على اقرار السيد بعدم الامر ببيعه فاراد رده اي العبد لا تقبل هذه البينة للتناقض على الدعوى اذ الاقدام على الشراء دليل صحة دعواه وانه يملك بيعه ودعواه اقراره بعدم الامر يناقضه اذ هو دليل انه لم يصح ولم يملك البايع البيع وقبول البينة يبنى على صحة الدعوى فحيث لم يصح لم تقبل ولو لم تكن بينة بل ادعى البايع بعد البيع ان صاحبه لم يأمره ببيعه وقال المشتري امرك او ادعى المشتري عدم الامر وادعى البايع الامر فالقول لمن يدعي الامر لان الآخر مناقض اذ اقدامه على البيع او الشراء دليل اعترافه بالصحة وقد ناقض بدعواه عدم الامر بخلاف الآخر ولذا ليس له ان يستحلفه لان الاستحلاف يترتب على الدعوى الصحيحة لا

الباطل ذكره في شرح الزيادات ولو اقر البايع بذلك عند القاضي فله رده ويحكم بالبطلان والمراد طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار ولذا صح اقراره بالشيء بعد انكاره اياه الا ان الاقرار حجة قاصرة يقتصر في حق المقر خاصة فاذا وافقه المشتري نفذ عليهما فلذا شرط طلب المشتري حتى يكون نقضا باتفاقهما لا بمجرد اقرار البايع ولو اشترى دارا من فضولي وادخلها في بنائه فلا ضمان على الفضولي في جامع فخر الاسلام معنى المسئلة اذا باعها ثم اعترف بالغصب بعد ما ادخلها المشتري في بنائه فكذبه المشتري لم يضمن البايع عند ابي حنيفة ويرجع لمن اقر بالغصب منه وهو قول ابي يوسف آخرا وكان يقول اولا يضمن وهو قول محمد فلذا قال خلافا لمحمد وهي مسئلة غصب العقار هل يتحقق اولا فعند ابي حنيفة لا يضمن وعند محمد نعم فيضمن تتمات البيع الموقوف حصره في الخلاصة في خمسة عشر بيع العبد والصبي المحجورين اذ الاول موقوف على اجازة المولى والثاني على اجازة الاب او الوصي وبيع غير الرشيد فانه موقوف على اذن القاضي وبيع المرهون والمستاجر وما في مزارعة الغير يتوقف على اجازة المرتهن والمستاجر والمزارع فلو تفاسخا الاجارة ورد الرهن لوفاء او ابراء لزمه التسليم للمشتري وكذا بيع البايع بعد القبض من غير المشتري يتوقف على اجازة المشتري وقبل القبض في المنقول لا ينعقد اصلا حتى لو تفاسخا لا ينعقد وفي العقار على الخلاف المعروف وبيع المرتد عند ابي حنيفة والبيع برقمه وبما باع فلان وبيع المالك المغصوب او جحد فللمغصوب منه بينة تم البيع وبيع مال الغير وفي مجموع النوازل بيع المغصوب توقف ان اقر به الغاصب او للمغصوب منه بينة عادلة فلو اجاز تم البيع والا فلا ولو هلك قبل التسليم انتقض البيع وقيل لا لانه خلف بدلا والاول اصح وروى ابن سماعة عن ابي يوسف وبشر عن محمد ان شراء المغصوب من غاصب جاحد يجوز ويقوم المشتري مقام المالك في الدعوى وعن ابي حنيفة روايتان رجل غصب عبدا وباعه ودفعه الى المشتري ثم ان الغاصب صالح المولى من العبد على شيء قال محمد ان صالحه على الدراهم والدنانير كان كاخذ القيمة من الغاصب فيبطل بيع الغاصب ومن البيع الموقوف بيع الصبي المحجور الذي يعقل البيع ويقصده وكذا شراؤه على اجازة وليه والده او وصيه او جده او القاضي وكذا الذي بلغ سفيها والمعتوه وكذا بيع المولى عبده المأذون المديون يتوقف على اجازة الغرماء في الصحيح خلافا لمن قال فاسد فلو قبض المولى الثمن فهلك عنده ثم اجاز الغرماء بيعه صحت اجازتهم ويهلك الثمن على الغرماء وان اجاز بعضهم البيع ونقضه بعضهم بحضرة العبد والمشتري لا تصح الاجازة ويبطل البيع ومنه بيع المريض عينا من وارث يتوقف على اجازة الورثة او صحة المريض فان صح من مرضه نفذ وان مات منه ولم يجز الورثة بطل الكل من فتح القدير

باب السلم

تقدم ان البيع ينقسم الى بيع مطلق ومقايضة وصرف وسلم لانه اما بيع عين بثمن وهو المطلق او قلبه وهو السلم او ثمن بثمن فالصرف او عين بعين فالمقايضة ولم يشترط في المطلق والمقايضة قبض نقدا وشرط في الآخرين ففي الصرف قبضهما وفي السلم قبض احدهما فقدم استقلالا بتدريج وخص باسم السلم لتحقق ايجاب التسليم شرعا فيما صدق اعني تسليم راس المال وكان على هذا تسمية الصرف بالسلم اليق لكن لما كان وجود السلم في زمنه عم هو الظاهر العلم في الناس سبق الاسم له ثم اعلم ان البايع في الاصطلاح مسلم اليه والمشتري رب السلم والمبيع مسلم فيه والثمن راس المال هو اي السلم بيع آجل بعاجل وما قيل اخذ عاجل باجل غير صحيح لصدقه على البيع بثمن موجل وذكنه ركن البيع وسبب شرعيته شدة الحاجة اليه وسياتي بشرائطه واما حكمه فثبوت الملك للمسلم اليه ولرب السلم في المسلم فيه الدين الكائن في الذمة اما في العين فلا يثبت الا بقبضه على انعقاد مبادلة اخرى

والمؤجل

والمؤجل المطالبة بما في الذمة ومعناه لغة السلف فاعتبر في الشرعي كان الثمن يسلفه المشتري للبايع ليقبضه اياه وجعل اعطاء العوض للمسلم فيه قضاء كانه هو اذ لا يصح الاستبدال فيه قبل القبض وهو عقد مشروع بالكتاب وهو اية المداينة قال الله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه الآية وبالسنة وهو انه عم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم ويصح السلم فيما اي في مسلم فيه امكن ضبط صفته ومعرفة قدره من الاجناس الاربعة لان ذلك لا يفضي الى المنازعة لا في غيره فيكون مجهولا فيؤدي الى المنازعة واعلم ان هذا النوع من البيع ينعقد بلفظ السلم وهو ان يقول اسلمت اليك عشرة دراهم في كر حنطة لانه حقيقة فيه وبلفظ السلف ايضا لانه معناه وبلفظ البيع في رواية الحسن لانه نوع بيع وفي رواية الحسن لا والاول اصح كذا في الاختيار ويصح في المكيل اي ما يعرف مقداره بالكيل من نصف صاع او اكثر كالحنطة والشعير والتمر والملح والحمص والارز والذرة والرب والسمن والخل والعسل والماء والعدس والتوتيا والكحل وغيرها والموزون اي ما يعرف مقداره بالوزن من منوين او اكثر مما يباع بالامنان والاواني كالادهان والمسك والعنبر والزعفران والفانيذ والسكر والبصل والثوم والحديد والنحاس والصفر والقطن وحبه وغير ما سوى النقدين قال صاحب الهداية والمراد بالموزونات اي التي يجوز السلم فيها غير الدراهم والدنانير اما الدراهم والدنانير فان اسلم فيها دراهم او دنانير فبالاتفاق انه باطل وان اسلم فيها غيرها من العروض ككر حنطة او ثوب في عشرة دراهم او دنانير فلا يصح سلما بالاتفاق لان المسلم فيه لا بد ان يكون مثمنا والنقود اثمان فلا يكون سلما فيه واذا لم يصح سلما فهل ينعقد بيعا في الكر والثوب بثمن مؤجل او يبطل رأسا حكى صاحب الهداية فيه خلافا فقال قيل يبطل وهو قول عيسى بن ابان وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل وهو قول ابي بكر الاعمش وقول عيسى اصح لان تصحيح العقد انما يكون في المحل الذي اوجب المتعاقدان البيع فيه لا في غيره وهما لم يوجباه الا في الدراهم ولا يمكن تصحيح العقد باعتبار الثوب ولم يوجباه فيه فكان في غير محله الا ان الاقل عندي ادخل في الفقه لان حاصل المعنى الصادر بينهما اعطى صاحب الثوب برضاه ثوبه الى الآخر بدراهم مؤجلة وهذا من افراد البيع بل تاويل اذ هو مبادلة المال بالمال بالتراضي وكونه ادخل الباء على الثوب لا يقدح في ان الواقع بينهما هو هذا المعنى وفيه تصحيح تصرفهما وادخال الباء على الثوب لا يقدح في ان الواقع بينهما كادخالها على الثوب المقابل بالخمر فيما اذا اشترى خمرا بثوب فانه لا يبطل بل يفسد وان كان يقتضي ان المبيع هو الخمر وهو مبطل اعتبارا لتحصيل غرضهما ما امكن ويصح السلم عددا في العددي المتقارب قيد بالمتقارب لان السلم في المتفاوت كالبطيخ لا يجوز اتفاقا كذا في شرح المجمع كالجوز والبيض لان العددي المتقارب مضبوط بالعدد مقدور التسليم الصغير والكبير فيه سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت بعد ان يكون من جنس واحد لان التفاوت يسير لا عبرة به ولذا لا تباع بيضة دجاجة بفلس واخرى بفلسين وهذا هو المناط في المعدود المتقارب وهو مروي عن ابي يوسف وعليه قول صاحب الهداية اعني ما تفاوتت ماليته متفاوت كالبطيخ والقرع والرمان والرؤس للاكارع والسفرجل فلا يجوز السلم في شيء منها عددا للتفاوت في المالية الا اذا ذكر ضابطا غير مجرد العدد كطول وغلظ ونحو ذلك ومن المعدودات المتفاوتة الجوالقات والعرف فلا يجوز الا بذكر ميزات واجازوه في الباذنجان والكاغذ عددا لاهدار التفاوت وفيه نظر ظاهرا ويحمل على كاغذ بقالب خاص والا يجوز كون الباذنجان

مهدر التفاوت لعله في بادنجان ديارهم وفي ديارنا ليس كذلك بخلاف بيض النعام وجوز الهند لا يتحمل منه شيء بالاسلام في بيض الدجاج والجوز الشامي والفرنجي لعدم اهدار التفاوت من جنسين لكثرة ه
ويشترط مع العدد بيان الصفة ايضا عددا او كيلا قال في الهداية وكما يجوز عددا في العددي المتقارب يجوز
كيلا وقال زفر لا يجوز لانه ليس بمكيل بل معدود وعنه لا يجوز عددا ايضا للتفاوت بين آحاده قلنا اما التفاوت
فقد اهدر فلا تفاوت اذ لا تفاوت في ماليته واما كونه معدودا فمسلم لكن لم لا يجوز كيله مع ان اعتبار القدر
ليس الا للضبط والضبط لم ينحصر في العدد بل يتعرف بطريق آخر وكيله انما كان باصطلاحهما فلا يصير بذلك مكيلا
مطلقا ليكون ربويا واذا اخبرناه كيلا فوزنا اولى وكذا يصح السلم في الفلوس عددا خلافا لمحمد ذكر محمد هذه المسئلة
في الجامع من غير ذكر خلاف فكان هذا ظاهر الرواية عنه وقيل بل هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف اما عنده فلا يجوز
بدليل منعه بيع الفلس بالفلسين في باب الربوا لانها اثمان فلا يجوز السلم فيها ويصح في اللبن والآجر اذا سمى ملبن
معين وعدد بهما لان ذلك عددي متقارب ويصح في المذروع وهو ما يعرف مقداره بالذراع الخشب المعروف
كالثوب من الكتان والقطن والصوف والخز والحرير ان بين طوله وعرضه ورقعته بالضم اي غلظه في الاصل
ما يكتب ويرقع به الثوب والرقعة يراد بها قدر الثخن ولا خلاف في هذا بل في اشتراط وزنه اذا كان حريرا
فان عند باقي الائمة الثلاثة لا يشترط وزنه والوجه بها ظاهر وكذا يجوز في البسط والمسوح والجوالق والبواري اذا
بين الطول والعرض والصفة وكلما اختلفت قيمته بالثقل والخفة من الثياب عرفا كالوزاري شرط بيان
وزنه ولو كان البيع باجزاء في المنتقى اذا باع ثوبي حرير يدا بيد لا يجوز الا وزنا بهذا هو الصحيح السلم بخلاف
البيع لان الاشارة تكفي بتعريفها غاية الامر معرفة ثقله وهو كعدم معرفة عدد قفزان الصبرة وهو غير مانع
وفي الطول نذكر عدد الذرعان ويجب ان يتوسط عند الذرع بين ارخائه ومده ثم ان كان الذرع مختلف
الطول فلا بد من تعيينه الا ان يكون احدهما هو المتعارف واذا دخل ثياب الحرير الوزن لزم ان لا يجوز
بيعها بجنسها جزافا فكذا ذكر القدوري ان بيع ثوب خز بثوب خز يدا بيد لا يجوز الا وزنا كما في الصنعة ولا بد
من هذه الثلاثة اعني الطول والعرض والرقعة للضبط الذي هو شرط الصحة وشرط الضبط لدفع المنازعة وكذا
على التسليم فلهذا اجمع الفقهاء على عدم الاقتصار على الكيل والموزون فجوزوا السلم في المذروعات من الثياب
والحصر والبواري اذا بين الطول والعرض وفي الايضاح ويحتاج الى بيان الوزن في ثياب الحرير والديباج ه
لبقاء التفاوت بعد ذكر الطول والعرض لانها تختلف باختلاف الوزن فان الديباج كلما ثقل ازدادت قيمته
والحرير كلما خف زادت قيمته وهذا في عرفهم وفي عرفنا ثياب الحرير ايضا وهي المسماة بالكمخا كلما ثقلت ه
ازدادت القيمة فالحاصل انه لا بد من ذكر الوزن سواء كانت القيمة تزيد بالثقل او بالخفة ويصح السلم في
السمك بفتحتين الحوت المليح في التحفة وفي المغرب سمك مليح ومملوح وهو المقدد الذي فيه ملح ولا يقال
مالح الا في لغة رديئة وزنا ونوعا معلومين بان يقول بوري او راي وفي سماك الاسكندرية الشيش والدوس
وغيرها لانه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم واما الصغار فيجوز فيه وزنا وكيلا وسواء
فيه الطري والمليح وكذا الطري في حينه فقط يعني يجوز في الطري حين وجوده وزنا وضربا معلومين
فان كان ينقطع في بعض السنة كما قيل انه ينقطع في بعض الصيف كما قيل انه ينقطع في الشتاء في بعض
البلاد فلا ينعقد في الشتاء ولو اسلم في الصيف وجب ان لا يكون منتهى الاجل لا يبلغ الشتاء وهذا

معنى قول

معنى قول محمد لا خير في السلم في السمك الطري الا في حينه يعني ان يكون السلم مع شروطه في حينه كيلا ينقطع بين
العقد والحلول وان كان في بلد لا ينقطع جاز مطلقا وزنا ولا يجوز فيهما اي في السمك المليح والطري عددا للتفاوت
في آحاده وعن ابي حنيفة في الكبار التي تقطع كما يقطع اللحم لا يجوز السلم في لحمها اعتبارا بالسلم في اللحم فانه يمنع
السلم في اللحم وعن ابي يوسف منع السلم في الكبار وزنا مع اجازته في اللحم فان هناك يمكن اعلام موضع
القطع الجنب او الظهر او الفخذ ولا يتأتى في السمك ذلك ولا في الحيوان دابة كان او رقيقا وهو قول الثوري
والاوزاعي وقال الشافعي ومالك واحمد يجوز للمعنى والنص اما المعنى فلانه يصير معلوما منضبطا ببيان الجنس
والنوع واما النص فما روى عن عمرو بن العاص ان رسول الله عم امره ان يجهز جيشا فنفدت الابل فامره
ان يأخذ على قلائص الصدقة فكان يأخذ البعير بالبعيرين الى ابل الصدقة قلنا اما المعنى فنمنع ان بعد الوصف
في الحيوان يصير التفاوت يسيرا بل هو بعد ذلك مما يصير معه تفاوت فاحش واما النص المذكور فقد قال ابن القطان
هذا حديث ضعيف مضطرب الاسناد فلا حجة فيه مع انه معارض بما هو اقوى منه وهو ما اخرجه ابن حبان في
صحيحه عن ابن عباس ان رسول الله عم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ولا في اطرافه اي ولا يجوز السلم وزنا وعددا
في اطراف الحيوان كالرؤس والاكارع والكرش والامعاء والكبد والطحال لانها عددية متفاوتة ولا مقدر لها فامتنع
السلم عددا وغير عدد لانتفاء المقدر وعندي لا باس بالسلم في الرؤس والاكارع وزنا بعد ذكر النوع وباقي الشروط
وقول مالك بجوازه عددا بعد ذكر النوع لطفة التفاوت جيد لكن يراد انها رؤس عجاجيل او ابقار كبار ونحوه
في الغنم فان التفاوت بعد ذلك يسير ولا يجوز في جلوده عددا وكذا الاخشاب والجوالقات والفرا والثياب
المخيطة والخفاف والقلانس الا ان يذكر العدد لقصد التعدد في السلم فيه ضبطا للكمية ثم يذكر ما يقع به الضبط
كان يذكر في الجلود مقدارا من الطول والعرض بعد النوع كجلود الغنم او البقر وكذا في الاديم يقول طائفي او بلغاري
وفي الخشب طوله وغلظه ونوعه كسنط او جوز ونحوه وقول بعضهم يجوز في الكاغذ عددا محمول على ما بعد تسميته
طوله وعرضه وثخنه ورقته ونوعه الا ان يعني ذكر نسبته عن قدره كورق حموي وفي الجوالق طوله وسعته وكذا
كل ما كان مميزا له عن غيره قاطعا للاشتراك الكل في فتح القدير وقيد بقوله عددا لان السلم فيها بالوزن
جائز بالاتفاق كذا في شرح المجمع ولكن ذكر في الكافي انهم اختلفوا فيها اذا اسلم فيها وزنا كذا في القهستاني ولا
في الحطب حزما والرطبة جرزا بضم الجيم وفتح الراء المهملة جمع جرزة وهي الحزمة من الرطبة كحزمة الريحان ونحوه واما
الجرز بكسر الجيم وزائين اوليهما مفتوحة فجمع جزة وهي الصوف المجزوز وانما لم يجز فيهما للتفاوت الا اذا عرف
ذلك بان ما يشد به الحزمة شبر وذراع فحينئذ يجوز اذا كان لا يتفاوت وقيل المعنى ان لا يجوز السلم في ذلك
اصلا بل لا يجوز بهذا العدد لو قدر بالوزن في الكل جاز وفي ديارنا تعارفوا في نوع من الحطب الوزن فيجوز
الاسلام فيه وزنا وهو اضبط واطيب ولو كان العرف في شيء من بعض المقدرات لا يمنع ان يقابل فيه
بمقدار آخر يصطلحان عليه الا ان يمنع منه مانع شرعي كما قدرنا في البيض كيلا وعنه كان ظاهر هذا المذهب
جواز السلم في الحنطة وزنا بخلاف ما اذا قوبل نحو الحنطة بجنسها وزنا وهو كيلي لما عرف في باب الربوا اما السلم
فليس يلزم فيه ذلك لان رأس مال السلم لا يكون حنطة وقد رضيا بضبطه وزنا فلا يضر تفاوت الحنطتين
المتحد في الوزن كيلا وبهذا تضعف رواية الحسن عن ابي حنيفة انه لا يجوز في الحنطة وزنا وذكر قاضي خان ان الفتوى
على الجواز لتعامل الناس ويجوز السلم في القت وزنا ولا في الجواهر كبارا وصغارا كاللعل والعقيق والزمرد

واليا قوت والبلور واللؤلؤ وفي المحيط انه يصح وزنا في صغاره للادوية ولا يخفى ان الجواهر تشمل الشبه والاسرب والحديد ونحوها ذكره في القهستاني ولا في الخرز بالتحريك الذي ينتظم وذلك لان آحادها تتفاوت تفاوتا فاحشا في المالية لان الجوهرتين قد تتحدان وزنا وتختلفان قيمة باعتبار حسن الهيئة اللهم الا في الصغار التي تدق للكحل والتداوي فتجوز وزنا ولا في اللحم طريا وقالا يصح السلم في اللحم اذا وصف موضع معلوم منه اي من اللحم بصفة معلومة لكونه ذكرا خصيا وسمينا بعد ان يبين جنسه من نحو الضان وسنه ثني ومن الفخذ او من الكتف او الجنب مائة رطل جاز وفي الحقايق والعيون الفتوى على قولهما وهذا على الاصح من ثبوت الخلاف بينهم وقد قيل لا خلاف فمنع ابو حنيفة رح فيما اذا اطلق السلم في اللحم وقولهما اذا بينا ما ذكرنا ووجهه انه موزون في عادة الناس مضبوط بما ذكرنا من الوصف لكونه موزونا يضمن بالمثل فيجوز استقراضه وزنا ويجري فيه ربوا الفضل وما فيه من العظم غير مانع لانه اذا سمي موضعا ومعلوم ان فيه عظم كان تراضيا على قطعه بما تضمنه من العظم ولانه ثابت باصل الخلقة كالنوى في التمر ولذا جاز السلم في الالية مع انها لا تخلو عن عظم والسلم فيها وفي الشحم بالاجماع بخلاف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع منه لان عضو الطير صغير وهذا ظاهر في منعه مطلقا وحاصل الكلام فيه ان ما لم يقدد من الطيور لا يجوز السلم فيه ولا في لحمه وما قدد قيل هو على الخلاف عنده لا يجوز وعندهما يجوز وقيل لا يجوز عند الكل لان ما فيه من العظم لا يعتبره الناس وهو الصحيح فينبغي ان يلوح محمل ما في الهداية من المنع مطلقا في مخلوع العظم ولابي حنيفة وجهان احدهما انه يقع سلما في المجهول المتفاوت اللحم بقلة العظم وكثرته بخلاف لحم السمك فان مضمونه من العظم قليل معلوم بمداره بين الناس ولذا هو فرق بين لحم السمك وغيره ونحوها اذا سمي موضعا كان تراضيا على قطع ما تضمنه من العظم قلت الشك بد في بيع اللحم مع العظم جريان المماكسة بين البايع والمشتري في العظم حتى ان المشتري يستكثره فيأمره بنزع بعضه والجزار يدسه عليه فكيف في الاجل المتأخر عن التسليم وعلى هذا الوجه يجوز السلم في مخلوع العظم وهو رواية الحسن عنه وثانيهما انه يختلف بحسب الفصول سمنا وهزالا فلو سمي السمين قد يكون انتهاء الاجل في فصل الهزال وحاصل هذا الوجه انه سلم في المنقطع وعلى هذا لا يجوز في مخلوع العظم وهو رواية ابن شجاع عنه قال صاحب الهداية وهو الاصح وقولهما يضمن بالمثل ممنوع لما ذكر في باب الاستحقاق من الجامع الكبير فيمن غصب لحما فشواه ثم استحقه رجل لا يسقط ضمان الغصب وللمغصوب منه ان يضمنه قيمة اللحم قيل ولا توجد رواية بانه من ذوات القيم الا هنا من الجامع الكبير لكن ذكر صاحب الفصول العمادي انه رأى وسط غصب المنتقى ان ابا يوسف روى عن ابي حنيفة اذا استهلكه لحما قال عليه قيمته فكذا الاستقراض وزنا ايضا ثم بل في ذلك مذهبهما وبعد تسليم ضمان اللحم بالمثل كما اختاره الاسبيجابي انه يضمن بالمثل الا ان ينقطع عن ايدي الناس فهو الوجه لان جريان ربوا الفضل فيه قاطع في انه مثلي فيفرق بين الضمان والثمن بان المعادلة في الضمان منصوص عليها وتمام المعادلة بالمثل فانه مثل صورة ومعنى اما القيمة فمثل معنى فقط لان الموجب الاصلي رد العين والمثل اقرب الى العين بخلاف القيمة وكذا بتقدير تسليم استقراضه فالفرق بين السلم والقرض ان القبض في القرض معاين محسوس فامكن اعتبار المقبوض ثانيا بالاول اما السلم فانما يقع على الموصوف في الذمة وبالوصف عند العقد لا يعرف مطابقته للموجود عند القبض لما اهدر الشارع في باب الربوا كون الجنسة فارقا فثبت الربوا بين لحم نوع متفاضلا وان اختلف موضعهما كلحم فخذ مع لحم ضلع ولا يجوز السلم بكيل او ذراع معين لا يدري قدره لا عندهما ولا عند الناس لاحتمال هلاك

ذلك

ذلك فيتعذر الايفاء اما لو عرف قدره فيجوز لضبط المقدار لو تلف ذلك المكيال والذراع وقد روي عن ابي حنيفة انه لا يجوز بيع العين بالعين باناء لا يعرف مقداره كما في السلم لانه بيع ليس بمكايلة ولا مجازفة وبيع الحنطة انما يجوز على احدهما والصحيح الجواز ولا في طعام قرية بعينها كحنطة بلدة الفهميين او المحلة ببلاد مصر او ثمرة نخلة معينة او بستان بعينه لانه قد يعتريه آفة فتنتفي قدرة التسليم بخلاف ما اذا اسلم في حنطة صعيدية او شامية فان احتمال ان لا ينبت في الاقليم برمته شيء ضعيف فلا يبلغ الغرر المانع من الصحة ولو كانت نسبة الثمر الى قرية معينة لبيان الصفة لا لتعيين الخارج من ارضها بعينها لا بأس به لانه لا يراد خصوص النابت هناك بل الاقليم ولا يتوهم انقطاع الحنطة هناك لانها اقليم وكذا اذا قال من حنطة هراة بريد هراة خراسان ولا يتوهم انقطاع طعام اقليم بكماله فاسلم فيه وفي طعام العراق والشام سواء والمانع هو المقتضي العرف فان تعورف كون النسبة لبيان الصفة فقط جاز والا فلا ينبه ما في الخلاصة قال لو كان ذكر النسبة لبيان الصفة لا لتعيين البيان كالخشراني فانه يذكر لبيان الجودة لا يفسد السلم وان كان يتوهم انقطاع حنطة ذلك الموضع مثل الثوب جاز السلم والا لا اما السلم في الحنطة الصعيدية والعراقية والشامية ولا شك في جوازه وفي شرح الطحاوي لو اسلم في حنطة حديثة قبل حدوثها فالسلم باطل لانها منقطعة في الحال وكونها موجودة في وقت العقد الى وقت المحل شرط لصحة السلم الكل من فتح القدير ولا فيما لا يقع من حين العقد الى حين المحل بكسر الحاء مصدر ميمي من الحلول يعني لا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين المحل فلو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل او على العكس او منقطعا فيما بين ذلك وهو موجود عند العقد والمحل لا يجوز وهو قول الاوزاعي وقال الشافعي ومالك واحمد واسحق اذا كان موجودا عند المحل جاز وان كان منقطعا وقت العقد وبينهما لان اشتراط الوجود للقدرة على التسليم وهو بالوجود وقت المحل فاشتراطه في غير ذلك بلا موجب ولنا قوله عم لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها وفي صحيح البخاري سئل ابن عباس عن السلم في النخل قال نهى عم عن بيع النخل حتى يؤكل منه فقد دل الحديث على اشتراط وجوده عند العقد والاتفاق على اشتراطه عند المحل فلزم وجوده عندهما على خلاف قولهم ولان اشتراطه للقدرة على التسليم ظاهر لان الظاهر استمرار الوجود في مدة الاجل وبالاستمرار يتمكن من التحصيل ثم الانقطاع الذي يفسد العقد ان لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت ذكره ابو بكر البلخي وتواردوا عليه وفي مبسوط ابي اليسر لو انقطع في اقليم دون اقليم لا يصح السلم في الاقليم الذي لا يوجد فيه لانه لا يتحصل الا بمشقة عظيمة فيعجز عن التسليم حتى لو اسلم في الرطب ببخارى لا يجوز وان كان بسجستان ولو انقطع بعد حلول الاجل قبل التسليم لا يبطل العقد لكن رب السلم بالخيار ان شاء فسخ العقد وان شاء انتظر وجوده وقال زفر يبطل العقد وهو قول الشافعي وشرطه اي شرط صحة السلم عند ابي حنيفة سبعة تذكر عند العقد واما عندهما فستة وهو ما خلا معرفة قدر رأس المال ومكان الايفاء كما سيأتي الاول بيان الجنس اي جنس المسلم فيه كبر وشعير والثاني بيان النوع اذا اختلف انواعه والا فليس بشرط كذا في الخلاصة وغيره كسقية وهي ما تسقى سيحا او بخسية وهي ما تسقى بالمطر نسبت الى البخس لانها منجوسة الحظ من الماء بالنسبة الى السيح غالبا والثالث بيان الصفة كجيد او ردي واجبر رب السلم على القبول لو اعطى الجيد مكان الردي بخلاف العكس كذا في قاضيخان والرابع بيان القدر نحو كذا رطلا او كيلا بما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع والحديد

والخزف مثلا فان كان مما ينكبس كالنبيل والغزارة لا يجوز للمنازعة عند التسليم الا في قرب الماء فيما روي عن ابي يوسف
للتعامل فيه فانه اجازه وهو ان يشتري من سقاء كذا كذا قربة من ماء النيل او غير ذلك مثلا بهذه القربة وعينها جاز
ومقتضى القاعدة المذكورة ان لا يجوز اذا عين هذه القربة ولكن بمقدارها وهذه الاربعة تشترط في كل من راس المال
والمسلم فيه فهي ثمانية بالتفصيل فان ما يجوز كونه مسلما فيه يجوز كونه راس مال السلم ولا ينعكس فان النقود تكون
راس مال ولا يسلم فيها والخامس بيان اجل معلوم اي اجل المسلم فيه المعلوم والاصل في اشتراط هذه الخمسة
معنى قوله عم من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم الحديث نص على غير الا القدر المعلوم
والاجل المعلوم وثبت باقي الخمسة بالدلالة لظهور ارادة الضبط النافي للمنازعة والجهالة مفضية الى المنازعة ثم
عندنا لا يجوز السلم الا مؤجلا وهو مذهب مالك واحمد وقال الش فتم يجوز السلم الحال بان يقول مثلا اسلمت هذه
العشرة في كر حنطة صفتها كذا وكذا الى آخر الشروط وبه قال عطاء وابو ثور وابن المنذر لاطلاق النص وهو قوله
ورخص في السلم ولنا قوله عم الى اجل معلوم ولانه شرع دفعا لحاجة المفلس فلا بد من الاجل ليقدر على التحصيل فيسلم
ولو لم يذكر الاجل لم يوجد المرخص فيبقى على النافي واقله اي اقل الاجل الذي هو شرط لصحة السلم شهر في الاصح
في التحفة لا رواية عن اصحابنا في المبسوط في مقدار الاجل واختلفت الروايات عنهم والاصح ما روي عن محمد انه
مقدر بالشهر لانه ادنى الاجل واقصى العاجل قالوا وعليه الفتوى والسادس بيان قدر راس المال وهو
الثمن ان كان راس المال كيليا او وزنيا او عدديا وهذا شرط في المسلم فيه اتفاقا [illegible]
[illegible] عشر تعيين مكان الايفاء [illegible]
[illegible] والرابع عشر ان يتعين المسلم فيه بالتعيين
فلا يصح السلم في [illegible] والخامس عشر انتقاد الثمن على قول ابي حنيفة
والسادس [illegible] فلا يجوز السلم في جنسين ككر حنطة وكر شعير عشرة مثلا بلا بيان
راس مال كل واحد منهما من العشرة ولا يجوز السلم بنقدين بان اسلم جنسين كدنانير ودراهم في جنس
واحد كبر او اسلم تمرا وحنطة معينين في كذا منا من الزعفران بلا بيان حصة كل واحد منهما من المسلم فيه فلو
بين مقدار احدهما دون الآخر لا يصح السلم لبطلان العقد في حصة ما لم يعلم قدره فيبطل في الآخر ايضا
لاتحاد الصفقة او لجهالة حصة الآخر من المسلم فيه فيكون المسلم فيه مجهولا والحمل بالفتح مصدر حمل الشيء بالكسر
ومؤنة بالفتح اي ثقل يحتاج في حمله الى ظهر او اجرة حمال كالحنطة هذا عنده وبه قال مالك واحمد والش في قول
وعندهما لا يشترط الشرطان الاخيران وهما معرفة قدر راس المال ان كان معينا بقبضه دفعه ولا مكان
الايفاء ويوفيه في مكان عقده لهما في المسألة الاولى ان المقصود من اعلام قدر راس المال وهو التسليم بلا
منازعة تحصل بالاشارة الى عينه كالثمن المعجل فاغنى عن اعلام قدره وصار كثمن المبيع المعجل والاجرة المعجلة في
الاجارة والمضاربة اذا دفع الى آخر دراهم معينة غير معلومة المقدار مضاربة بالنصف فانه جائز وكراس المال
الذي لا ينقسم المسلم فيه عليه كالثوب والعبد فانه لا يشترط فيها اعلام كمية ذرعانه بالاتفاق وله ما روي
عن ابن عمر رضه انه قال به وقول الفقيه من الصحابة مقدم على القياس ولان جهالة قدر المسلم فيه مانع اتفاقا
وجهالة راس المال مؤدية اليه وما يؤدي الى الممتنع شرعا ممتنع شرعا ولهما في المسألة الثانية وهي اشتراط مكان
الايفاء فيما له مؤنة ان مكان العقد يتعين للايفاء لوجود العقد فيه الموجب للتسليم ما لم يصرفاه باشتراط

مكان

بقي شروط منها ان لا يشمل البدلان احدى علتي الربوا لان انفراد احدهما يحرم النساء ومنها ان لا يكون فيه خيار الشرط ومنها ان يتعين المسلم فيه بالتعيين فلا يصح السلم في الدراهم والدنانير ومنها [illegible] انتقاد الثمن على قول ابي حنيفة ومنها انه اشترط لاجله اعلام قدره
منه

مكان غيره ولهما انه اذا لم يتعين مكان الايفاء فالجهالة تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف الاماكن
فلا بد من البيان دفعا للمنازعة وعن هذا قال من قال من المشايخ ان الاختلاف فيه يوجب التحالف
عنده كما لو اختلفا في صفة الثمن والمثمن فان اختلاف الصفة يوجب اختلاف القيمة كما اذا اختلفا في جودته ورداءته
وقيل لا يوجب التحالف عنده بل القول قول المسلم اليه لان تعيين المكان ليس قضية العقد عنده وعندهما
يتحالفان لان تعيين المكان لما ثبت بمجرد وجود العقد فيه كان من مقتضيات العقد والاختلاف فيها يوجب
التحالف بالاجماع فكذا هنا قال ومثله في الاختلاف الثمن في البيع الناجز اذا كان له مؤنة حمل وهو مؤجل في بيع العين
والاجرة بان استاجر دارا مثلا بما له حمل ومؤنة وهو مؤجل عنده يشترط بيان مكان تسليمها وعندهما لا والقسمة
فيما اذا اقتسما دارا او جعلا مع نصيب احدهما شيئا له حمل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن بالاجماع والصحيح انه
يشترط عنده اذا كان مؤجلا وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وعندهما يتعين مكان الدار في القسمة ومكان
تسليم الدابة في الاجارة للايفاء وما لا حمل له كالمسك والكافور والزعفران وصغار اللؤلؤ يعني القليل منه والا
فقد يسلم في امنا من الزعفران كثيرة تبلغ احمالا وكذا المسك وصغار اللؤلؤ لا يشترط فيه بيان مكان الايفاء عندهم
وهو الاصح من قول الش فتم يوفيه في المكان الذي اسلم فيه على رواية الجامع الصغير والبيوع من اصل المبسوط
وكلما قلنا يتعين مكان العقد معناه اذا كان مما يتأتى التسليم فيه وما لا بان اسلم اليه وهما في مركب البحر
او جبل فانه يجب في اقرب الاماكن التي يمكن فيها منه وذكر في الاجارات من اصل المبسوط يوفيه حيث شاء في الاصح
وهو الاصح من قول الش فتم ايضا اتفاقا قالا لان الاماكن كلها سواء اذ المالية لا تختلف باختلاف الاماكن فيما
لا حمل له ولا مؤنة بل بعزة الوجود وقلته وكثرة رغبات الناس وقلتها بخلاف ما له مؤنة فان الحنطة والحطب توجد
في المصر والسواد ثم تشترى في المصر باكثر مما تشترى في السواد ولو عين مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد والشرط
الذي لا يفيد لا يجوز وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق وهو الاصح ذكره في التحفة وبه قال الش فتم واحمد
ثم في بيع العين لو شرط على البائع في المصر ان يوفيه الى منزله والعقد في المصر جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف
استحسانا وعند محمد لا يجوز هذا اذا لم يكن بين جوانب المصر مسافة بعيدة فان كان لا يجوز البيع ولو اشترى
طعاما بطعام من جنسه وشرط احدهما التوفية الى منزله لم يجز بالاجماع كيف ما كان ولو شرط ان يوفيها الى مكان كذا
فسلمه في غيره ودفع الكراء الى الموضع المشروط صار قابضا ولا يجوز اخذ الكراء وان شاء رده اليه ليسلمه في المكان
المشروط [illegible] لانه حقه وقبض راس المال قبل التفرق بالبدن فلا يضر القبض بعد مشيهما او
نومهما بلا غيبة شرط بقائه اي بقاء السلم على الصحة فلو ابى المسلم اليه في المجلس اجبر عليه وتحقيق ذلك ان تقبض
راس المال قبل الافتراق شرط نفاذ عقد السلم على الصحة اما اذا كان راس المال من النقود فلانه لو لم يقبض
يفترقا عن دين بدين لانها لا تتعين فلا يقع العقد الا على دين في الذمة يقع بدفع العين المقاصة عنده وقد نهى
عم عن بيع الكالئ بالكالئ اي النسيئة بالنسيئة الا ان مالكا يجيز التاخير بقولنا قال الش فتم واحمد وان كان
عينا ففي القياس لا يشترط تعجيله لان عدم تسليمه لا يؤدي الى بيع دين بدين بل بيع عين بدين وفي الاستحسان
يشترط اعمالا لمقتضى الاسم الشرعي لان الاسلام والاسلاف في كذا ينبئ عن التعجيل اعتبر فيها ولو فرضنا
انها صارت اعلاما فاصل الوضع كان باعتبار ما اعتبر في معناه من الاحكام فلزم التعجيل ولا يصح السلم اذا كان
فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم الذي هو الملك بخلاف

الاستحقاق فان راس المال اذا ظهر مستحقا لم يمنع استحقاقه من تمام قبضه لجواز اجازة المالك حتى لو اجاز قبضه صح العقد وان كان الاستحقاق يمنع الملك ولا يثبت فى السلم خيار رؤية بالاجماع ويجرى خيار الرؤية فى الاستصناع فان المبيع فيه ليس بدين فى ذمة الصانع بل هو عين واما خيار الرؤية فى راس المال فصحيح لانه لا يمنع ثبوت الملك ذكره فى التحفة وهذا اذا كان عينا مثليا او قيميا بخلاف خيار العيب فى المسلم فيه فانه يصح لانه لا يمنع تمام القبض ولو اسقط خيار الشرط فى السلم قبل الافتراق وراس مال السلم قائم جاز السلم خلافا لزفر وما لك الشافعى بخلاف ما لو اسقطاه بعد انفاقه او استهلاكه فانه لا يعود صحيحا اتفاقا كذا فى فتح القدير فلو اسلم مائة نقدا ومائة دينا على المسلم اليه فى كر بطل السلم فى حصة الدين فقط لانه دين بدين وصح فى حصة النقد لوجود قبض راس المال فى المجلس بقدره ولا يشيع البطلان لان القبض قبل الافتراق شرط البقاء فيكون ضعيفا بل لانه طارئ اذ السلم وقع صحيحا فى الكل والبطلان الطارئ لا يشيع ضعيفا كان سببه او قويا كما اذا باع عبدين فهلك احدهما قبل القبض بطل العقد فيه دون الآخر ولا يجوز للمسلم اليه التصرف فى راس المال لان تصرفه قبل القبض يفوت حق الشرع وهو القبض المستحق شرعا قبله او المسلم فيه بان يعطى بدل احدهما شيئا آخر قبل قبضه لان المسلم فيه مبيع والتصرف فيه قبل القبض لا يجوز حتى لا يصح هبته ولا استبداله اما لو دفع المسلم اليه ما هو اردى من المشروط فقبله رب السلم او اجود فانه يجوز ولا يكون له حكم الاستبدال فانه جنس حقه فهو كبتركه تحمله واسقاطه فى حق رب السلم ومن حسن اقتضائه فى حق المسلم اليه بشركة بان قال رب السلم لآخر اعطنى نصف راس المال فيكون نصف المسلم فيه لك او تولية بان قال اعطنى مثل ما اعطيت المسلم اليه حتى يكون المسلم فيه لك ولا شراء شىء من المسلم اليه براس المال بعد التقايل قبل قبضه لقوله عم لا تأخذ الا سلمك او راس مالك اى لا تأخذ الا المسلم فيه حال قيام العقد او راس مالك حال انفساخه فلو اشترى كرا وهو ستون قفيزا او اربعون على خلاف فيه والقفيز ثمانية مكاكيك والمكوك صاع ونصف وامر رب السلم بقبضه قضاء لا يصح يعنى من اسلم فى كر فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم ان يقبضه قضاء عن المسلم فيه فاقتضا رب السلم بان اكتاله مرة وحازه اليه لم يكن مقتضيا حقه حتى لو هلك بعد ذلك يهلك من مال المسلم اليه ويطالبه رب السلم بحقه فلو امره ان يقبضه للمسلم اليه ثم يقبضه لنفسه فاكتاله لرب السلم ثم اكتاله مرة اخرى لنفسه فصار مقتضيا مستوفيا حقه وهذا لانه اجتمعت صفقتان السلم وهذا الشراء كلاهما بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهى النبى عم عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان صاع البائع وصاع المشترى وهذا هو محمل الحديث والفقه فيه ان المستحق فيه بالعقد ما سمى فيه وهو الكر وهو انما يتحقق بالكيل فكان الكيل معينا للمستحق بالعقد وهذا عقدان فلا بد من توفير مقتضى كل عقد عليه لا ترى ان الثانى لو كان ازداد لم يطب له الزيادة ووجب ردها حتى لو كان المشترى كاله بنفسه بحضرة المشترى الثانى فقبضه الثانى لا بد من ان يكيله اقامة لحق العقد الثانى والصفقتان شراء المسلم اليه من بائعه الكر والصفقة التقديرية التى اعتبرت بين المسلم اليه ورب السلم عند قبضه لان المسلم اليه يصير بائعا من رب السلم ما اشتراه لان المأخوذ ليس عين حقه فانه دين وهذا عين فاعتبر به وقلنا ذوا فى صحة امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه وعندى ليس هذا بشرط بل الشرط ان يكيله مرتين حتى لو قال له اقبض الكر الذى اشتريته من فلان عن حقك فذهب فاكتاله ثم اعاد كيله صار قابضا لان الغرض انه لا يصير قابضا لنفسه بالكيل الاول

بل الثانى

بل بالثانى فلما قال له اقبضه عن حقك للمخاطب ليعلم ان طريق صيرورته قابضا حقه لنفسه ان يكيله مرة للقبض عن الآمر وثانيا ليصير هو قابضا لنفسه ففعل ذلك صار قابضا حقه كانه قال له اذهب فافعل ما تصير به قابضا ولفظ الجامع يفيد ما قلنا فانه لم يزد فيه على قوله فاكتاله ثم اكتاله لنفسه جاز ولو لم يكن سلما ولكنه اقرضه وامر مقرضه يعنى لو استقرض من رجل كرا من رجل ثم اشترى من آخر كرا فامر المقرض بذلك اى بان يقبض الكر قضه ولم يقل اقبضه لنفسك فقبضه بان اكتاله مرة صح لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة فكان المردود عين المأخوذ مطلقا فلم تجتمع صفقتان فلم يجب الكيلان ولو لم يكن هذا الاعتبار ثابتا فى القرض لزم تملك الشىء بجنسه نسيئة او تفرق بلا قبض فيه وهو ربوا ولهذا لم يلزم التأجيل فى القرض لانه بيع بجنسه نسيئة وكذا لو كان الدين الاول سلما فلما حل اقترض المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه من المقرض ففعل جاز لما ذكرنا وهذا لان عقد القرض عقد جاهل لا يوجب الكيل بخلاف البيع مكايلة او موازنة ولهذا لو استقرض من آخر حنطة على انها عشرة اقفزة جاز له ان يتصرف فيها قبل الكيل وكذا لو امر رب السلم بقبضه منه اى بقبض المشترى من البائع له اى لاجل المسلم اليه ثم لنفسه اى بقبضه لنفسه فاكتاله لاجل المسلم اليه ثم لنفسه فقبضه صح لان فى اكتياله معنى زائدا بهم فى المقام وهو اخذ المكيل عقيب الكيل يقال كال المعطى واكتال الاخذ له ثم لنفسه اى حتى يجرى فيه الكيلان ولو اكتال المسلم اليه فى ظرف رب السلم بامره وهو اى رب السلم غائب فلو كان حاضرا وكاله المسلم اليه بحضرته وخلى بينه وبين الطعام يصير قابضا اتفاقا سواء كان الظرف له او للبائع لان التخلية تسليم ذكره فى التبيين لا يكون قبضا حتى لو هلك يهلك من مال المسلم اليه لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الآمر لان حقه فى الدين لا العين فصار المسلم اليه مستعيرا الظرف منه جاعلا ملك نفسه فيه فصار كما لو كان عليه دراهم فدفع الدائن اليه كيسا ليزنها المديون فيه لم يصر قابضا هذا اذا لم يكن فى ظرف رب السلم طعام فان كان قيل لا يصير قابضا لان امره غير معتبر فى ملك الغير قال فى المبسوط والاصح عندى انه يصير قابضا لان امره بخلط طعام السلم بطعامه على وجه لا يتميز معتبر فيصير به قابضا ولو اكتال البائع كذلك يعنى لو كانت الحنطة مشتراة غير مسلم فيها ودفع المشترى ظرفا للبائع وامره ان يكيلها فيه فكال البائع بغيبة المشترى كان قبضا لان الامر صح ههنا لانه ملك عين الحنطة بمجرد البيع فصادف امره ملكه ونظيره ما لو امره بطحن الحنطة المسلم فيها فطحنها المسلم اليه كان الدقيق للمسلم اليه فلو اخذ رب السلم الدقيق كان حراما لانه استبدل بالمسلم فيه قبل قبضه ولو كانت مشتراة فامر المشترى البائع ان يطحنها فطحنها كانت للمشترى فلو هلك الدقيق فى الاول هلك من ملك المسلم اليه ويعود دين رب السلم عليه كما كان ولو هلك فى الثانى هلك من ملك المشترى وتقرر الثمن عليه ومثله اذا امر رب السلم المسلم اليه ان يصبه فى البحر ففعل كان من مال المسلم اليه ولو امر المشترى البائع به كان قابضا فهلك من مال المشترى لما قلنا ولهذا يكتفى بذكر الكيل الواحد فى الشراء فى القيمة لانه نائب عنه فى الكيل والوقوع فى ظرف المشترى بخلاف ما لو اكتاله فى ظرف نفسه لانه استعار ظرفا ولم يقبضه فلم تتم الاعارة لانها لما كانت عقد تبرع لم تتم الا بالقبض او ناحية بيته لان البيت بنواحيه فى يده فلم يصر المشترى قابضا ولو اكتال الدين والعين بان اشترى رب السلم من المسلم اليه كرا معينا بعد حلول الثمن وامره ان يكيل فى ظرف المشترى ففعل بغيبته ان بدأ بالعين اى بالكر العين ثم بالمسلم فيه كان قبضا ويكون المشترى قابضا لهما اما العين فلصحة الامر فيه لانه لاقى ملكه واما الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضا كمن استقرض

حنطة ولم يقبضها ثم امر المقرض ان يزرعها فى ارض المستقرض ففعل او دفع الى صائغ خاتما وامره ان يزيد من
عنده نصف دينار ففعل لغيبته لزمته الزيادة وتقربه لهما عليه لاتصال ملكه فيهما وان بدا بالدين فكاله فى
الظرف فلا يكون قابضا اما فى الدين فلعدم صحة الامر لما قلنا واما فى العين فلانه يخلطه بمال المشترى بجنسه من
ماله فيصير مستهلكا له عند ابى حنيفة فينتقض البيع لهلاك المبيع قبل القبض وعندهما صح قبض العين وان
شاء رضى بالشركة فى المخلوط وان شاء فسخ العقد لان الخلط ليس باستهلاك عندهما ولو اسلم امة فى كر
حنطة وقبضت اى قبضها المسلم اليه ثم تقايلا فماتت الامة قبل ردها بقى التقايل ويجب قيمتها يوم قبضها
لانه لما انفسخ العقد فى المسلم فيه انفسخ فى الامة وان ماتت تبعا فيجب على المسلم اليه ردها وقد عجز عنه
لموتها فوجب عليه رد قيمتها يوم قبضها لان السبب الموجب للضمان كان فيه فصار كالغصب ولو ماتت ثم
تقايلا صح التقايل لان صحته تعتمد بقاء المعقود عليه وهو المسلم فيه وكذا اى كالسلم المقايضة بان دفع الامة فى
ثوب فى الوجهين اى فى وجهى التقايل وتبقى الاقالة بعد هلاكها اذا كان العوض الاخر باقيا لان كلا منهما مبيع
من وجه بخلاف الشراء بالثمن فيهما اى فى الوجهين المذكورين للتقايل فلو اشترى جارية بالف مثلا لا يجوز الاقالة
بعد موتها وتبطل لو ماتت بعد الاقالة قبل القبض لان الجارية هى المعقود عليه فى البيع فلا تصح الاقالة بعد موتها
ولا تبقى على الصحة اذا هلكت بعدها ولو ادعى احد عاقدى السلم شرط الاجل او اشتراط الرداءة وانكر الاخر فالقول
لمدعيهما مطلقا الاصل فى هذه المسائل انهما اذا اختلفا فى الصحة فان خرج كلام احدهما مخرج التعنت وهو ان
ينكر ما ينفعه كان باطلا اتفاقا والقول قول مدعى الصحة وان خرج مخرج الخصومة وهو ان ينكر ما يضره قال ابو
حنيفة رح القول قول من يدعى الصحة ايضا اذا اتفقا على عقد واحد وان كان خصمه هو المنكر وقالا القول للمنكر
وان انكر الصحة ان كان رب السلم فى الاولى والمسلم اليه فى الثانية فلو قال المسلم اليه لم يكن فيه اجل وقال
رب السلم فيه اجل فالقول قول رب السلم بالاتفاق وكذا فى مقداره وهو قول الشافعى لان كلام المسلم اليه
هنا تعنت لانه ينكر ما ينفعه وما هو حقه وهو الاجل لان الاجل لترفيه المسلم اليه وهذا استحسان ولو عكس فقال
المسلم اليه فيه اجل وقال رب السلم ليس فيه اجل فالقول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه وهو زيادة الربح
الكائن فى قيمة المسلم فيه على ما دخل فى يده من راس المال فصار كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف
الربح الا عشرة وقال المضارب بل شرطت لى نصف الربح فان القول لرب المال لانه ينكر استحقاق زيادة الربح
وان تضمن ذلك انكار الصحة وعند ابى حنيفة القول للمسلم اليه وهو قول الشافعى لانه يدعى الصحة وقد اتفقا
على عقد واحد وكانا متفقين على الصحة ظاهرا اذ الظاهر من حال المسلم الامتناع عن العقد الفاسد فانكار الاجل
انكار بعد الاقرار ظاهرا فلا تقبل وصار كما لو اختلفا الزوجان فى التزويج بشهود او بلا شهود فالقول لمن
يدعيه بشهوده بخلاف المضاربة لان عقد المضاربة ليس بلازم ولهذا يمكن رب المال من عزله قبل شرائه
براس المال وكذا المضارب له فسخه واذا كان غير لازم ارتفع باختلافهما واذا ارتفع بقى دعوى المضارب
فى استحقاق الربح ورب المال ينكر فالقول له اما السلم فعقد لازم فلا يرتفع بالاختلاف فكان مدعى الفساد
متناقضا ظاهرا ولو اسلم الى رجل فى كر فقال المسلم اليه شرطت لك رديا وقال رب السلم لم تشترط شيئا
فالقول قول المسلم اليه بالاتفاق وهو قول الشافعى لان رب السلم متعنت لانه بانكار الصحة ينكر ما ينفعه
وهو المسلم فيه لانه على كل حال يربو على راس المال فى العادة وان كان راس المال نقدا والمسلم فيه نسيئة لان

فاطبة

فاطبة على عطاء هذا العاجل بذلك الاجل ولو انه يربو عليه وان كان لم يطيق ارائهم عليه وكلام المتعنت مردود
فبقى قول الاخر بلا معارض ولو عكس فادعى رب السلم شرط الردى وانكر المسلم اليه شرطا اصلا لم يذكره محمد فى
الكتاب وفى المشايخ قالوا يجب ان يكون القول لرب السلم عند ابى حنيفة وهو قول الشافعى لانه يدعى الصحة وان كان
صاحبه منكرا او كلامه خصومة وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر وان انكر الصحة فروع يجوز السلم فى التبن
كيلا بالغرائر وقيل هو موزون وقيل يعتبر التعارف وفى عرفنا كيلا فى شباك الليف يسمونه اهل العرف سنيقا
ولا بأس بالسلم فى طست وقمقمة او خف ونحو ذلك كالكوز والانية من النحاس والزجاج والحديد والقلنسوة
والطواحن اذا انضبط واستقصى فى صفته من الغلظ والسعة والضيق بحيث ينحصر فلا يتفاوت الا يسيرا الكل
من فتح القدير ولا يبطل الاجل بموت رب السلم ويبطل بموت المسلم اليه حتى لو خلف السلم من تركته حالا واذا جاء المسلم
اليه الى رب السلم وخلى بينه وبين المسلم فيه يكون قابضا بالتخلية كما فى دين اخر قرض الحيوان فاسد والقرض
الفاسد مضمون بالقيمة كالمبيع بيعا فاسدا او وكل رجلا بان يسلم له عشرة دراهم فى كر حنطة فاسلم الوكيل او دفع
الدراهم من مال نفسه جاز ويرجع بالدراهم على الموكل كالوارث اذا قضى دين الميت من مال نفسه كان له ان يرجع
فى التركة ولهذا الوكيل ان يقبض السلم واذا قبض كان له ان يحبسه عن الامر حتى يستوفى الدراهم الوكيل بالسلم
اذا اسلم وتحمل الغبن الفاحش لا يجوز لانه وكيل بالشراء فلا يتحمل منه الا ما يتغابن الناس فيه الوكيل بالسلم اذا
اسلم الى نفسه او مفاوضه او عبده لا يجوز وان اسلم الى شريك له شركة عنان جاز اذا لم يكن له من تجارتهما
وان اسلم الى ولده او زوجته او احد ابويه لا يجوز فى قول ابى حنيفة رح خلافا لهما دفع الى رجل عشرة دراهم
ليشترى لها ثوبا قد سماه فانفق على نفسه دراهم الموكل فاشترى ثوبا للامر بدراهم نفسه كان للمشترى لا للامر
لان الوكالة تقيدت بتلك الدراهم فتبطل الوكالة بهلاكها ولو اشترى ثوبا للامر ونقد الثمن من مال نفسه وامسك
دراهم الامر كان الثوب للامر ويطيب له دراهم الموكل استحسانا كالوارث اذا قضى دين الميت من مال نفسه
كذا فى قاضيخان والاستصناع لغة طلب العمل وشرعا طلب الصنعة وكيفيته ان يقول لصانع خف او مكعب
او صفار اصنع لى خفا من هذا الجنس وبهذه الصفة وطوله كذا وسعته كذا او دستا او برمة تسع كذا ووزنها
كذا على هيئة كذا بكذا ويعطى الثمن المسمى او لا يعطى شيئا فيتقد الاخر معه جاز استحسانا بيعا للعين والقياس ان
لا يجوز وهو قول زفر والشافعى اذ لا يمكن اجارة لانه استيجار على العمل فى ملك الاخر وذا لا يجوز كما لو قال احمل طعامك
من هذا المكان الى مكان كذا بكذا او اصبغ ثوبك احمر بكذا لا يصح ولا بيعا لانه بيع معدوم ولو كان موجودا
مملوكا لغير العاقد لم يجز فالمعدوم اولى ولكن جوزناه استحسانا بالتعامل الراجع الى الاجماع العملى من لدن رسول الله
الى اليوم بلا نكير والتعامل بهذه الصفة اصل مندرج فى قوله عم واعطى الحجام مع ان مقدار عمل الحجامة وعدد كرات
وضع المحاجم ومصها غير لازم عند احد ومثله شرب الماء من السقاء ودخول الحمام وما لا تعامل فيه رجعنا فيه الى القياس
فاذا فسد الاستصناع يحمل على السلم وعلى كل تقدير فلو بين الجنس والصفة فيما يمكن ضبط صفته وقدره وعقد باجل
شهر مثلا فهو بيع سلم عند ابى حنيفة فيشترط فيه شرائط السلم من بيان مكان الايفاء ونحوه فيصح الاستصناع
على هذا فيما امكن ضبط صفته وقدره كما بين فى السلم تعورف فيما بين الناس كاوانى الصفر والنحاس والزجاج
والعيدان والاسلحة والخفاف والقلانس والاوعية من الادم والطين او لا يتعارفوا كالجباب ونسج الثياب
اما كون الاستصناع سلما اذا لم يتعارفوا فبالاتفاق واما اذا تعارفوا فعند ابى حنيفة يصير سلما ايضا وعندهما

لا او الاستصناع بلا اجل معلوم يصح استحسانا فيما تعورف كخف وطشت وقمقمة وهو اى الاستصناع بيع
لكن للمشترى فيه خيار وهو الصحيح بدليل ان محمدا ذكر فى جوازه القياس والاستحسان وذلك لا يكون فى العدات
ولذا اثبت فيه خيار الرؤية وانه يختص بالبياعات وكذا يجرى فيه التقاضى وانما يتقاضى الواجب لا الموعود كذا فى البدايع
لا عدة فيجبر تفريع على انه بيع لا عدة الصانع ولو كان عدة لم يجبر على عمله لا اولى على تسليمه لما سياتى ان المبيع عين لا عمله
ولا يرجع المستصنع عنه فلو كان عدة لجاز رجوعه والمبيع هو العين كما ذهب اليه الجمهور لا عمله كما ذهب اليه ابو
سعيد البردعى لان الاستصناع استفعال من الصنع وهو العمل فى الاديم والصرم بمنزلة الآلة للعمل كالصبغ وجه
كونه عينا عند الجمهور ما ذكره محمد وسماه شراء حيث قال اذا رآه المستصنع فهو بالخيار لانه اشترى ما لم يره فلو اتى
الصانع بما صنعه غيره او صنعه الصانع نفسه قبل العقد فاخذه صح ولو كان المبيع عمله لما صح وانما بطل بموت
الصانع لشبهه بالاجارة وفى الذخيرة هو اجارة ابتداء بيع انتهاء لكن قبل التسليم لا عند التسليم بدليل انهم
قالوا اذا مات الصانع يبطل ولا يستوفى المصنوع من تركته ذكره محمد فى كتاب البيوع ولا يتعين المستصنع
بفتح النون اى المبيع بلا اختياره اى بلا قبول المستصنع بكسر النون فاذا رآه وقبله تعين فيجبر على دفعه
لانه بالاخرة بائع له فيصح بيع الصانع له قبل رؤيته ولو تعين لما صح بيعه وله اى للمستصنع بالكسر اخذه وتركه
بعد رؤيته لانه اشترى ما لم يره ولا يصح اى الاستصناع فيما لم يتعارف كالثوب لان المجوز له هو التعارف
على ما مر فيقتصر عليه مسائل شتى جمع شتيت بمعنى المتفرق كان دأب المصنفين ان يسموا المسائل التى
تشذ عن الابواب المتقدمة فلم تذكر فيها ثم استدركت بمسائل شتى ومسائل منثورة اى عن ابوابها
يصح بيع الكلب والفهد وسائر السباع علمت من التعليم اولا هكذا اطلق فى الاصل فشى بعضهم على اطلاقه كالقدورى
وفى نوادر هشام عن محمد نص على جواز بيع الكلب العقور وتضمين من قتل قيمته وروى الفضل بن غانم عن ابى يوسف
نصه عن منع بيع العقور وعلى هذا مشى فى المبسوط فقال يجوز بيع الكلب اذا كان بحال يقبل التعليم وقال هذا هو
الصحيح من المذهب قال وكذلك نقول فى الاسد اذا كان يقبل التعليم ويصطاد به يجوز بيعه واذا كان لا يقبل التعليم
والاصطياد به لا يجوز قال والفهد والبازى يقبلان التعليم فيجوز بيعهما على كل حال انتهى فعلى هذا ينبغى ان لا يجوز
بيع النمر بحال لانه لشراسته لا يقبل تعليما وفى بيع القرد روايتان عن ابى حنيفة رواية الحسن بالجواز ورواية ابى يوسف
بالمنع ويجوز بيع الهرة لانها تصطاد الفأر والهوام المؤذية فهى منتفع بها ولا يجوز بيع هوام الارض كالخنافس
والعقارب والفأرة والنمل والوزغ والقنافذ والضب ولا هوام البحر كالضفدع والسرطان وذكر ابو الليث
انه يجوز بيع الحيات اذا كان ينتفع بها فى الادوية وان لم ينتفع فلا يجوز ويجوز بيع الدهن النجس لانه ينتفع
به للاستصباح فهو كالسرقين اما العذرة فلا ينتفع بها الا اذا خلطت بالتراب فلا يجوز بيعها الا تبعا
للتراب بخلاف الدم فانه ممتنع مطلقا وقال الشافعى لا يجوز بيع الكلب مطلقا سواء كان للصيد او لم يكن
واما اقتناؤه للصيد وحراسة الماشية والبيوت والزرع فيجوز بالاجماع لكن لا ينبغى ان يتخذه فى داره
الا ان خاف لصوصا او اعداء للحديث الصحيح من اقتنى كلبا الا كلب صيد او ماشية نقص من اجره كل
يوم قيراطان وجه قوله ما روى ابن حبان فى صحيحه عن ابى هريرة ان النبى عم قال ان مهر البغى وثمن الكلب
وكسب الحجام من السحت ولانه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل والبيع بر فعته فلا يجتمعان ولنا ان
النبى عم نهى عن بيع الكلب الا بيع صيدا او ماشية وروى ابو حنيفة فى مسنده عن الهيثم عن عكرمة عن ابن

عباس

كو تعليل اخراج كلب الصيد لكونه منتفعا به وخصوص الاصطياد ملغى اذ لا اثر له ... الكلب المنتفع به لصيد او حراسة خارجا ... العقود

عباس قال رخص رسول الله عم فى ثمن كلب الصيد ومن مشى من اهل المذهب على التعميم فى جواز بيع الكلب
يقول كل كلب يتأتى منه الحراسة فيجوز بيع الكل ولانه مال مملوك متقوم اما كونه مالا فلان المال اسم لغير الادمى
خلق لمنفعة المطلقة شرعا وهذا كذلك فكان مالا واما انه مملوك متقوم فلانه محرز ماذون شرعا فى الانتفاع به
والملك يثبت بالاحراز بدار الاسلام والتقوم بالتمول وكلاهما ماذون شرعا فيجاز بيعه وحديث ابى هريرة
محمول على الابتداء قلعا لهم عن الاقتناء لهذا لان الامر بقتل الكلاب كان امرا محققا فى الاول من رسول الله عم
ثم علم نسخ ذلك بهر واية ترك قتلها ولا نسلم نجاسة العين لاطلاق الانتفاع به ولو سلم فنجاسة عينه توجب حرمة
الاكل لا منع بيعه بل منع البيع بمنع الانتفاع شرعا ولهذا اجزنا بيع السرقين والبعر مع نجاسة عينهما لاطلاق الانتفاع
مخلوطة بالتراب ولو بالاستهلاك كالاستصباح بالزيت النجس كما قيل جاز بيع ذلك التراب التى فى ضمنه وبه
قال مشايخنا وانما امتنع بيع الخمر للنص خاص فى بيعها وهو قوله عم ان الذى حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها والذمى
فى البيع كالمسلم فيجوز له من البيع ما يجوز للمسلم ويمتنع له ما يمتنع له لان اهل الذمة مكلفون بموجب التصرفات
وقد التزموا احكامنا بالاقامة فى دارنا واعطاء الجزية فلا يجوز منهم بيع درهم بدرهمين فيما بينهم ولا سلم فى
حيوان ولا نسيئة فى صرف وكذا كل ما يكال ويوزن ربهم فى البيوع كالمسلمين الا فى الخمر والخنزير فانه اى الخمر فى حقه
اى الذمى كالخل فى حق المسلم والخنزير فى حقه اى الذمى كالشاة فى حق المسلم فى حق جواز البيع بل الاكل وسائر
الانتفاع فيجوز بيع الخمر والخنزير بين اهل الذمة بعضهم لبعض وكذا التى ماتت حتف انفها او جرحت فى غير موضع
الذبح ولا يجوز بينهم بيع الميتة والدم وذبائح المجوسى كالخنزير كذا فى فتح القدير واذا اشترى مسلم من ذمى خمرا فالشراء
باطل لا ضمان على المشترى ولا ثمن عليه وانما لم يجب الثمن لانه مسلم ولا يؤاخذ المسلم بثمن الخمر ولا ضمان عليه
لانه اتلفها باذن الذمى لانه لما باعها فقد سلطه على اتلافها ومن اتلف مال الآخر باذنه لا ضمان عليه كمن قتل دابة
غيره باذنه وكمن قطع عضو انسان باذنه فلم يضمن كذا ههنا كذا فى القنية قال فى البزازية اشترى مسلم من ذمى خمرا وشربها
لا يلزمه الثمن ولا يلزمه الضمان لبطلان الشراء والشرب باذنه وقد ذكرنا ان الاذن فى العقد الباطل معتبر اشترى
ومن زوج مشريته قبل قبضها جاز يعنى من اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها جاز النكاح فان وطئت
كان قبضا لها ولم يجز بيعها قبله لان البيع يفسد بالغرر دون النكاح وفى البيع قبل القبض احتمال الانفساخ
بالهلاك قبل القبض والنكاح لا ينفسخ بهلاك المعقود عليه اعنى المرأة قبل القبض والا اى وان لم يطأها الزوج
فلا يكون قبضا استحسانا حتى لو هلكت بعد التزويج قبل الوطء هلكت من مال البائع والقياس ان يصير
المشترى قابضا بمجرد التزويج وهو رواية عن ابى يوسف حتى اذا هلكت بعد ذلك هلكت من مال المشترى
لان التزويج تعييب للمبيع ولذا يثبت خيار الرد اذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج والمشترى
اذا عيب المبيع يصير قابضا له وجه الاستحسان انه لم يتصل بها فعل حسى من المشترى والتزويج تعييب حكمى
بمعنى تقليل رغبات الناس فيها فكان كنقصان السعر وكالاقرار منه عليها بالدين والمشترى اذا اقر بدين
على العبد المبيع لا يصير بذلك قابضا له فكذا بمجرد التزويج بخلاف الفعل الحسى كان فقاء عينها مثلا او قطع يدها
فانه يصير قابضا لما فيه من الاستيلاء على المحل هذا واذا صح النكاح قبل القبض فلو انتقض البيع بطل النكاح
فى قول ابى يوسف خلافا لمحمد قال الصدر الشهيد والمختار قول ابى يوسف لان البيع متى انتقض قبل القبض
انتقض من الاصل فصار كان لم يكن فكان النكاح باطلا وقيد القاضى الامام ابو بكر بطلان النكاح ببطلان

البيع قبل القبض بما اذا لم يكن بالموت حتى لو ماتت الجارية بعد النكاح قبل القبض لا يبطل النكاح وان بطل البيع
ومن اشترى شيئاً يعني قناً او دابةً او نحو ذلك واما اذا كان المبيع داراً والمسئلة بحالها لا يتعرض القاضي
لذلك ولا يبيعه فان القياس ان لا يجوز في العبد ايضاً الا انه جوز فيه استحساناً لما يسقط النفقة عن البائع
ولا يحتاج الى النفقة في الدار كذا قال شيخ الاسلام خواهرزاده وفي الهداية وقع عبداً بدل شيئاً وهو جيد
فغاب المشتري قبل القبض ونقد الثمن غيبة معروفة بحيث يدرى اين هو لا يباع اي لا يبيع القاضي المبيع
في دين بايعه لانه يمكن ايصال البايع الى حقه بدون البيع فيكون ابطالاً لحق المشتري في العين المبيعة من
غير ضرورة وان لم تكن غيبة معروفة فلا يدرى اين هو بيع فيما اذا برهن انه باعه منه فان قيل البينة لا
تقبل من غير خصم حاضر قلنا هذه بينة تقام لكشف الحال لا للقضاء والخصم في مثل هذا ليس بشرط واذا جهل مكانه
بيع القن وادى الثمن فان فضل شيء يمسك للمشتري وان نقص يرجع البايع على المشتري اذا ظفر به كذا
في ايضاح ابن كمال اذا لم يكن قبضه بخلاف ما اذا قبضه المشتري لان حق البايع لم يبق متعلقاً به بل هو دين
في ذمته والبينة لاثبات الدين ولا يثبت دين على غايب فلا يتمكن القاضي من البيع وقضاء الدين هذا
طريق الامام السرخسي واما تقرير شيخ الاسلام فيشعر بخلافه حيث قال القياس ان لا تقبل هذه البينة لانها
على اثبات حق على الغايب وليس ثمة خصم حاضر لا قصداً ولا حكماً فهو كمن اقام على غايب لا يعرف مكانه
لا تقبل وان كان لا يصل الى حقه وفي الاستحسان تقبل لان البايع عجز عن الوصول الى الثمن وعن الانتفاع بالمبيع
واحتاج الى ان ينفق عليه الى ان يحضر المشتري وربما تربى النفقة على الثمن والقاضي ناظر لاحياء حقوق الناس
فكان للقاضي ان يقبلها لدفع البلية بخلاف ما لو اقام بينة ليثبت حقاً على الغايب لينزع شيئاً من يده لا يقبلها
والاجماع في مثله لدفع البلية عن البايع وليس فيما ازالة يد الغايب عما في يده لان البايع يستوفي حقه مما في يده
كذا في شروح الهداية هذا اذا كان المشتري واحداً فغاب واما ان غاب احد المشتريين فللحاضر دفع كل الثمن
ولا يملك قبض نصيبه الا بنقد جميع الثمن بالاتفاق فلو نقده هل يجبر البايع على تسليم نصيب الغايب للحاضر نعم عند
ابي يوسف لا بل لا يقبض الا نصيبه على وجه المهاياة وعندهما يجبر واشار اليه المصنف بقوله وقبض المبيع ولو قبض
الحاضر العبد هل يرجع على الغايب بما نقده فقال ابو يوسف ان الحاضر قضى دين الغايب بغير امره فكان
متبرعاً فلا يرجع واذا لم يكن له الرجوع لم يكن له قبض حصته لانه اجنبي عنها ولهما انه مضطر في دفع حصة الغايب
لانه لا يمكنه الانتفاع بملكه الا باداء الجميع لان البيع الصادر اليهما من البايع صفقة واحدة والمضطر يرجع كمعير الرهن
اذا افلس الراهن وهو المستعير او غاب وكصاحب العلو اذا اسقط بسقوط السفل كان له ان يبني السفل
اذا لم يبنه مالكه بغير امره ليتوصل به الى بناء علوه ثم يرجع عليه ولا يمكنه من دخوله ما لم يعطه من صرفه غير ان في مسئلة
السفل لا يفترق الحال بين كونه غائباً او حاضراً ولو استاجر رجلان داراً فغاب احدهما قبل نقد الاجرة
فنقد الحاضر الاجرة جميعاً يكون متبرعاً لانه غير مضطر في نقد حصة الغايب اذ ليس للآجر حبس الدار لاستيفاء
الاجرة ذكره التمرتاشي وللحاضر حبسه اي المبيع اذا حضر الغايب حتى ينقد حصته ولو بقي درهم كالوكيل بالشراء
اذا نقد الثمن من مال نفسه له ان يحبس المبيع عن الموكل الى ان يعطيه جميع الثمن فان اشترى جارية بالف
مثقال ذهب وفضة فهما نصفان صورتها ان يقول اشتريت هذه الجارية بالف دينار ذهب وفضة
او يقول البايع بعتك هذه الخ ولفظ الجامع في رجل يقول لرجل ابيعك هذه الجارية بالف مثقال ذهب

جيد وفضة

جيد وفضة قال هما نصفان خمس مائة مثقال ذهب وخمسمائة مثقال فضة ويشترط بيان الصفة من الجودة
وغيرها بخلاف ما لو قال من الدراهم والدنانير لا يحتاج الى بيان الصفة وينصرف الى الجياد وعرف من هذه العبارة
ان البيع ينعقد بلفظ المضارع وان احتمل العدة اذا اراد به الحال وقيل بل هذه العبارة مساوقة والمعنى
انه اذا قال له ذلك ثم باعه على هذا الوجه يثبت الانقسام وذلك لان اضافة المثقال الى الذهب ثم عطف
الفضة عليه مرسلاً يوجب كون الفضة ايضاً مضافاً اليها المثقال وينفي وهم ان يفسد لجهالة الفضة لان
المثقال غلب في الذهب فيصير الفضة مرسلة عن قيد الوزن بل ينصرف اليهما وكذا صفة الجودة لان العطف
يوجب الاشتراك على وجه المساواة بين المتعاطفين فالمثقال المتقدم فسر بالذهب والفضة الا ترى
انه لو قال عبده حر غداً وامرأته طالق وقعا جميعاً غداً فانهما مضافان ذكره في كشف الغوامض وان قال
بالف من الذهب والفضة او بالف من الدنانير والدراهم فمن اي فعليه من الذهب خمسمائة مثقال ومن
الفضة خمسمائة درهم لان المتعارف في وزن الذهب والفضة ذلك وليس معهما ما يصرف احدهما
عن المتعارف فيه وزن سبعة وقدم بيانه في الزكوة ويجب كون هذا اذا كان المتعارف في بلد العقد
في اسم الدراهم ما يوزن سبعة والمتعارف في بعض البلاد الآن كالشام والحجاز ليس كذلك بل وزن ربع
وقيراط من ذلك الدراهم واما في عرف مصر لفظ الدرهم ينصرف الآن الى زنة اربعة دراهم بوزن سبعة من الفلوس
الا ان يقيد بالفضة فينصرف الى درهم بوزن سبعة فان ما دونه ثقل او خف يسمونه نصف فضة وكذا
هذا الانقسام في كل ما يقر به من المكيل والموزون والثياب وغيرها قرضاً او سلماً او غصباً او وديعة او بيعاً
او شراء او مهراً او وصية او كفالة او جعلاً في خلع ومنه ما لو قال على كر حنطة وشعير وسمسم كان عليه الثلث
من كل جنس ومن قبض زيوفاً وهو ما يرده بيت المال كما سيأتي في مسائل شتى من كتاب القضاء بدل جيد
غير عالم به فانفقه او هلك فهو قضاء يعني من له على آخر عشرة دراهم مثلاً جياد فقضاه عشرة زيوفاً ورب الدين
لا يعلم انها زيوف فهو قضاء حتى لو انفقها الداين او هلكت ثم علم انها زيوف ليس له ان يرجع بشيء عند
ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف له ان يرد مثل الزيف ويقضي ويرجع بجيد وذكر فخر الاسلام وغيره ان قولهما
قياس وقول ابي يوسف استحسان له ان حقه في الجودة مرعي كحقه في المقدار وقد تعذر ضمان الوصف
بانفراده لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا من ضمان الاصل ليصل له الوصف ولهما ان
الزيف من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال كالصرف ورأس مال السلم جاز وما جاز الا لانه لم يعتبر استبدالا
بل نفس الحق فيقع به الاستيفاء وانما حقه في الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها بعد هلاك الدراهم لما ذكرنا
من ان لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها ولا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه اي هو ايجاب للقابض
على نفسه ولا نظير له في الشرع الا ان ابا يوسف يفصل بمنع انه لا يمكن تداركها بل تداركها بما ذكر من ايجاب
المثل ممكن وهذا كما لو وجد احدهما ستوقة او نبهرجة فهلكت ليس يرد مثلها فان قالوا الستوقة ليست
من جنس الجياد حتى لا يصير مقتضياً حقه بها قلنا وكذلك لا يصير مقتضياً حقه بالزيف الا ان علم فرضي باعتبار
انه تارك لبعض حقه وهو صفة الجودة قال ابن كمال في الايضاح لمحمد فيه قولان فقوله الاول مع ابي حنيفة
وقوله الآخر مع ابي يوسف ذكره في رهن المبسوط وفي الحقايق نقلاً عن العيون ان ما قاله ابو يوسف حسن
وادفع للضرر فاخترناه للفتوى انتهى وان فرخ طير او باض في ارض رجل او تكنس فيها ظبي اي دخل

كنسه والكناس بيت الظبي وفي بعض النسخ او تكسر اي انكسر رجله انما قال تكسر لانه لو كسرها احد يكون له لا للاخذ فهو لمن اخذه لا لرب الارض لانه مباح سبقت يد الآخذ اليه وصاحب الارض لم يُعِدّ ارضه لذلك ولانه صيد وان كان يؤخذ بلا حيلة والصيد لمن اخذه والبيض اصل الصيد فالحق به ولهذا يجب عليه الجزاء على المحرم بكسره او شيه وكذا صيد تعلق بشبكة منصوبة للجفاف فهو لمن اخذه لا لصاحب الشبكة لانه لم يُعِدّها الآن للاخذ او دخل دارا او الحال ذرهم او سكر نثر فوقع الدرهم او السكر على ثوب لم يُعِدّه له فهو للآخذ ايضا فان اعده اي الثوب وكذا الشبكة صاحبه لذلك او كفه بعد السقوط اي كف صاحب الثوب ثوبه على الساقط فيه او اغلق باب الدار صاحبها بعد الدخول ملكه صاحب الدار والثوب وليس للغير اخذه كما لو عسل النحل في ارضه فهو لصاحب الارض لانه عدّ منزله اي من زيادات الارض او نبت فيها شجر او اجتمع فيها تراب بجريان الماء عليها فيملك صاحب كل ذلك تبعا للارض ومن جنس هذه المسائل لو اتخذ في ارضه حظيرة فدخل الماء والسمك ملكه ولو اتخذ لحاجة اخرى لمن اخذ السمك فهو له وكذا في حفر الحفيرة ان حفرها للصيد فهوله ولغرض آخر فهو للآخذ وكذا صوف وضع على سطح بيت فابتل بالمطر فعصره رجل فان كان وضعه للماء فهو لصاحبه والا فالماء للآخذ ولو باض صيد في الارض او تكنس فيها فجاء رجل ليأخذها فمنعه صاحب الارض فان كان في موضع يقدر صاحب الارض على اخذه قريبا منه بان كان بحضرته كان الصيد لرب الارض كانه آخذه عنده وان لم يكن بحضرته لا يملكه الكل من فتح القدير فما اي عقد لا يصح تعليقه بالشرط ويبطله الشرط الفاسد وهو ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه كما مر في البيع الفاسد اربعة عشر عقدا البيع قد مر كثير من صور تعليقه بالشرط الفاسد في البيع الفاسد نحو ان باع جارية على ان يعتقها المشتري فالشرط فاسد ومنها ما قال ان قدم فلان غدا فبعت داري هذه منك او ان رضي ابي فعدم الصحة بناء على ان تعليق البيع الملك لا يصح اتفاقا وكذا لا يصح اضافتها الى الزمان المستقبل كما اذا قال بعتك عبدي هذا غدا والاجازة وفي بعض النسخ واجازته اي اجازة البيع كان باع رجل عبد غيره بغير اذنه وقال صاحب العبد اجزت البيع ان زاد المشتري لي كذا فقال المشتري زدت ذلك القدر لا يصح ذلك لان ذلك رشوة وهي حرام واجازة العقد في معنى العقد وكذا اضافتها كما اذا اجزت البيع اذا جاء رأس الشهر فانها لا يصح ايضا والقسمة صورة فسادها بالشرط الفاسد بان كان للميت دين على الناس فاقتسم الورثة التركة من الدين والعين على ان يكون لاحدهم والعين للآخر وصورة فساد اضافتها نحو ان يقول اقتسمت غدا هذه الدار بكذا والاجارة صورة فسادها بالشرط الفاسد بان استأجر عبدا شهرا مياومة على انه ان مرض فلان يعمل بقدر الايام التي مرض فيها خارج الشهر الداخل كذا في ايضاح الكرماني وتصح اضافتها مثل ان يقول في ذي الحجة آجرتك هذه الدار بكذا من هذا المحرم الى سنة لان الاجارة تنعقد ساعة فساعة فلو اراد نقض هذه الاجارة قبل مجيء ذلك الوقت لم يجز فلو عجل بالاجرة يملك وفي رواية جاز فلم يملك بالتعجيل والفتوى على الاول ولو باع قبل ذلك صح البيع وعليه الفتوى كذا في القهستاني قال في الفتاوى اذا قال اذا جاء رأس الشهر فقد آجرتك هذه الدار بكذا يجوز وان كان فيه تعليق وعليه الفتوى وهو قول الفقيه ابي بكر الاسكاف وابي الليث واختيار صاحب المحيط قال ابو القاسم الصفار لا تصح الاجارة لانه تعليق التمليك بعوض فصار كما لو علقها بشرط آخر وهو اختيار ظهير الدين المرغيناني وذكر صدر الاسلام في آخر باب الاجارة الفاسدة بالاجارة الى وقت في المستقبل جائزة حتى لو قال آجرتك داري هذه رأس شعبان اضافة صح

شهرا

شهرا بكذا فقال ذلك في رجب او ربيع الاول او قال آجرتك هذه الدار غدا جاز ثم في الاجارة المضافة اذا باع او وهب قبل مجيء الوقت الفتوى على انه يجوز ما صنع وتبطل الاجارة المضافة وهو اختيار شمس الائمة الحلواني ثم اذا انفذ بيعه فلو رد عليه بعيب بقضاء او رجع في الهبة قبل مجيء الوقت عادت الاجارة على حالها فان عاد اليه بملك مستقبل لا تعود الاجارة كذا في الفصول العمادية والرجعة بان قال راجعتك ان نفقت عدتك فانها تفسد لانها لا تصح الا في العدة اجماعا كذا في الايضاح قال في العمادية وتعليق الرجعة بالشرط باطل وكذا اضافتها الى وقت الشهر والصلح عن مال بمال بان ادعى رجل مالا معلوما واقر المدعى عليه او انكر فصالح المدعى عليه بشرط ان يقبل المدعي عبده الآبق لاجل ما ادعى وتعليقه بالشرط بان قال صالحتك على كذا اذا جاء رأس الشهر وقبل الآخر فانه لا يجوز لانه في معنى البيع كذا في الايضاح والابراء عن الدين بان قال المديون ابرأت ذمتك عن دين بشرط ان لي الخيار في رد الابراء وتصحيحه في اي وقت شئت او قال ان دخلت الدار فقد ابرأتك وتعليقه بالشرط بان قال المديون او كفيل اذا اديت الى كذا او متى اديت او ان اديت الى خمسمائة فانت بريء عن الباقي وهو باطل والابراء كذا في الايضاح قال في العمادية لو قال الغريم ان كان لي عليك دين فقد ابرأتك فالمطالب عليه كذا دينا صح الابراء لانه تعليق بشرط كائن فيكون تنجيزا ولو قال ان مت فانت بريء او انت في حل جاز لانه وصية وفي الزوجة اذا كانت مريضة يصير وصية ولا يجوز الا باجازة باقي الورثة ولو قال المديون ان مت فانت بريء بنصيب الدائن لا يصح لانه تعليق بخطر هذه الجملة في فوائد صاحب المحيط وفي فتاوى رشيد الدين لو قال كل حق يجب لي عليك فقد ابرأتك وكذا اضافة ابراء ما يجب في الزمان الثاني لا يصح وذكر فيها ايضا ولو قال المديون الدنانير العشرة التي لي عليك اعطني منها خمسة ووهبت منك الخمسة سواء اعطاه الخمسة او لم يعطه صح الابراء لانه تنجيز الابراء وليس بتعليق الا ترى ان المرأة لو قالت لزوجها طلقني ولك الف فطلقها لا يجب له شيء ولو قال ابرأتك عن الخمسة على ان يدفع الخمسة حالة فانه ينظر ان كانت العشرة حالة صح الابراء عن الخمسة لان اداء الخمسة اليه واجب عليه حالا فلا يكون هذا التعليق الابراء بشرط تعجيل الخمسة ولو كانت مؤجلة يبطل الابراء اذا لم يعطه الخمسة حالا انتهى وعزل الوكيل بان يقول الموكل للوكيل عزلتك عن الوكالة على ان يعطيني حلقة وهو شرط فاسد لانه لا يعطي الوكيل للموكل شيئا لاجل العزل والوكالة باقية لفساد العزل كذا في قاضيخان والايضاح والاعتكاف بان قال لله علي اعتكاف ايام نويت ان اعتكف عشرة ايام لاجل بشرط ان لا اصوم او اباشر امرأتي في اعتكافي او ان اخرج عنه اي وقت شئت بحاجة او بغير حاجة يكون الاعتكاف فاسدا وتعليقه بالشرط بان يقول نويت ان اعتكف عشرة ايام ان شاء الله تعالى قال في العمادية وتعليق الاعتكاف بالشرط لا يصح ولا يلزمه كذا ذكره في صوم الاصل انتهى والمزارعة بان عقدا عقد المزارعة وشرطا لاحدهما قفزانا مسماة او شرطا ان يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصفين وهو باطل وتعليقها بالشرط بان قال شاركتك في المزارعة اذا جاء رأس الشهر والمعاملة وهي المساقاة بان وقتا في المعاملة وقتا يعلم ان الثمر لا يخرج فيه فسدت المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج وتعليقه بالشرط بان ساقيتك في المعاملة على كذا اذا جاء رأس الشهر والاقرار بان قال لفلان علي الف درهم ان شاء فلان فانه لا يلزمه شيء لان مشيئة فلان ليست بموجبة وتعليقه بالشرط بان قال له علي الف درهم ان شاء الله تعالى قال في العمادية

وتعليق الاقرار بالشرط باطل بان قال لفلان على الف ان هبت الريح ولو قال له على الف ان مت لزمه الالف عاش
او مات انتهى والوقف بان قال وقفت دارى هذه على كذا ان شاء الله تعالى فلا يصح الوقف اتفاقا وتعليقه بان
قال وقفت دارى هذه على كذا اذا جاء راس الشهر كذا فى ايضاح الكرمانى وهو موافق لما فى الكنز وشرحه للزيلعى وفى
البزازية وتعليق الوقف بالشرط باطل انتهى وقد صرح قاضيخان بان الوقف لا يبطل بالشروط الفاسدة قلت
قد صرح الاستروشنى بان فى كون الوقف من جملة ما لا يصح تعليقه بالشرط ويبطل بفساده روايتين الكل فى حاشية
الدرر للغزى قال فى العمادية وفى تعليق الوقف بالشرط روايتان انتهى والتحكيم بان قال المحكمان لرجل
حكمناك ان شاء الله تعالى او قالا احكم بيننا هذا ان كان كافرا او محدودا فى قذف فلا يصح التحكيم لانه جعله قاضيا بشرط
عدم اهلية القضاء وتعليقه بالشرط بان قال احكم بيننا ان رضى فلان او اذا قدم فلان فاحكم بيننا فى هذه الحادثة
هذا عند ابى يوسف خلافا لمحمد فانه قال يجوز تعليقه بالشرط واضافته الى الزمان ذكره الزيلعى قال فى العمادية واما
التحكيم فعند ابى يوسف لا يجوز تعليقه لان فيه تمليك الولاية فيجوز عند محمد لان فيه اطلاق الولاية انتهى فكل هذه
المذكورات اما مبادلة مال بمال او بمعناها فالكل لا يقبل التعليق بالشرط لما ان الشروط الفاسدة من باب الربوا
فيبطل الشروط ايضا وما لا يبطل بالشرط الفاسد ستة وعشرون القرض بان قال اقرضتك هذه المائة لكن
بشرط ان تعمل لى عمل كذا والهبة قال فى العمادية وتعليق الهبة بشرط ملايم يصح بان قال وهبتك على ان
تعوضنى كذا وان كان مخالفا صحت الهبة وبطل الشرط انتهى والصدقة بان يقول تصدقت بهذه الجارية
على ان حملها لى فلا تفسد بالشرط ويفسد الشرط والنكاح بان قال لامرأة تزوجتك على ان لا مهر لك قال فى العمادية
وفى نكاح مجموع النوازل وتعليق النكاح بشرط معلوم الحال يجوز ويكون تحقيقا بان قال لآخر زوجنى ابنتك فقال
انى قد زوجتها قبل هذا من فلان فلم يصدقه الخاطب فقال ابو البنت ان لم اكن زوجتها من فلان فقد زوجتها
منك وقبل الآخر وظهر انه لم يكن زوجها ينعقد هذا النكاح لان التعليق بشرط كائن تحقيق الا يرى انه لو قال
لامرأته انت طالق ان كان السماء فوقنا والارض تحتنا فانه تطلق للحال لان هذا تعليق بشرط كائن
فيكون تنجيزا ثم قال والنكاح لا يصح تعليقه بالشرط ولا اضافته ولكن لا يبطل بالشرط ويبطل الشرط انتهى والطلاق
والخلع بمال وبغير مال والعتق ذكر فى شرح القدورى وما جاز ان يتعلق بالشرط لا يبطله الشرط الفاسد كالطلاق
والعتاق ويبطل الشرط كذا فى العمادية والرهن بان قال رهنت هذا العبد ان هلك العبد يكون مستوفيا
لدينه عندك بمائة على ان يقبضه او على ان لا يكون مضمونا عليك وقبل الآخر فهذه الشروط فاسدة لاجل المخالفة
لمقتضى العقد ولكن الرهن لا يبطل بالشرط الفاسد والايصاء بان اوصى الى رجل وجعله وصيا وشرط ان
لا يخرج من الوصاية وان مات وترك حفظ الامانة اصلا فالايصاء جائز والشرط باطل لانه مخالف لحكم الشرع والوصية
بان اوصى بخدمة عبده لفلان سنة على ان لا يسلم العبد الى الموصى له ومات والعبد يخرج من الثلث فيسلم الى
الموصى له بالخدمة سنة فالشرط فاسد لمخالفته مقتضى العقد والوصية لا تفسد به لما عرف ان الشرط الفاسد
فى معنى الربوا وهو لا يعمل فى التبرعات والشركة بان عقدا الشركة ولاحدهما الف وللآخر الفان وشرط الربح
نصفين والوضيعة نصفين صحت الشركة ويبطل الشرط فتكون الوضيعة على قدر المالين قال عم الربح على
ما شرط العاقدان والوضيعة على قدر المالين والمضاربة بان شرطا فى عقد المضاربة الوضيعة على المضارب
فيبطل الشرط لا المضاربة فتكون الوضيعة على رب المال والربح لهما على ما شرطا والقضاء بان قال القاضى للقضاء

الحق

الحق اقضى لاجلك على زيد بشرط ان تحط عن دينك على كذا او تؤخره الى وقت كذا القضاء جائز والشرط باطل
والامارة بان عقد من له ولاية العقد وشرط فيها ان لا يقيم الامام الحد ولا يأخذ الجزية بطريق الاهانة كما هو المشروع
صح عقد الامارة وفسد ذلك الشرط والكفالة بان قال كفلت بمالك على فلان ان هبت الريح او جاء المطر يصح
الكفالة ويبطل الشرط فيجب المال حالا قال فى العمادية وتعليق الكفالة بشرط متعارف يجوز نحو ان يقول اذا قدم
الحاج او استحق المبيع فانا ضامن وان كان شرطا محضا بان قال ان دخل فلان الدار او ان هبت الريح او
ان جاء المطر فالكفالة جائزة والشرط باطل انتهى والحوالة ذكر فى شرح القدورى ان ما جاز ان يتعلق بالشرط لا
يبطل بالشرط ويبطل الشرط وعد منها الحوالة والوكالة بان قال وكلتك بشرط ان لا يجوز الرجوع عنها قال شيخنا
الوكالة جائزة والشرط فاسد فله ان يعزله اى وقت شاء وقال فى العمادية فى فوائد صاحب المحيط فى الوكالة المضافة
اذا عزله قبل الوقت لا ينعزل عند ابى يوسف وعند محمد ينعزل ولو رجع صح الرجوع اجماعا ولكن يشترط علم الوكيل
انتهى والاقالة بان اقال البايع مع المشترى فى المبيع بشرط الزيادة على الثمن الاول تكون الاقالة صحيحة والشرط
باطلا فلا يلزمه الزيادة والكتابة يعنى اذا لم يكن الفساد فى صلب العقد بان كاتبه على ان لا يخرج من البلد او على ان
لا يعامل فلانا فح تصح الكتابة ويبطل الشرط واما اذا كان الفساد فى صلب العقد بان كاتب المسلم عبده على خمر
او خنزير فانه افسد به واذن العبد فى التجارة بان اذن المولى عبده بشرط ان يوقت بشهر او سنة يصح
العقد ويبطل فيكون مأذونا مطلقا الى ان يحجر المولى لان الاسقاطات لا تتوقت ذكره فى الايضاح ودعوة الولد
قال فى العمادية وذكر فى بيوع عدة المفتيين تعليق دعوة الولد من الجارية بالشرط صحيح بان قال ان كانت جاريتى
حاملا فهو منى انتهى وصورة ذلك فى ايضاح الكرمانى بان ادعى نسب احد التوأمين بشرط ان لا يكون نسب الآخر
منه او ادعى نسب ولد بشرط ان لا يرث منه يثبت كل واحد منهما من التوأمين ويرث ويبطل الشرط لانه شرط
فاسد لمخالفة الشرع والنسب لا يفسد به والصلح عن دم العمد بان قال من له ولاية الصلح للقاتل صالحتك عن
دم العمد على الف درهم بشرط ان يكون الصلح موقتا الى سنة او شهر وعن الجراحة التى فيها القصاص بان
شج رجل موضحة عمدا فصالح بشرط ان يعطى الشاج زيادة من ارش الموضحة فالصلح جائز وشرط الزيادة باطل
كذا فى ايضاح الكرمانى وعقد الذمة بان فتح الامام بلدة واقر اهلها على املاكهم وشرط مع الامام فى عقد الذمة
ان لا يعطوا الجزية بطريق الاهانة كما هو المشروع فالعقد صحيح والشرط باطل وتعليق الرد بالعيب بان قال المشترى
ان لم ارده هذا اليوم المعيب عليك اليوم فقد رضيت بالعيب فالشرط باطل فله الرد بالعيب بعد اليوم او الرد بخيار
الشرط بان قال المشترى ابطلت خيارى اذا جاء راس الشهر الشرط باطل فله الرد بخيار الشرط قبل مضى
ثلاثة ايام وعزل القاضى بان يقول الامام للقاضى اذا وصل كتابى اليك فانت معزول قيل يصح الشرط فيكون
معزولا وقيل لا يصح الشرط فلا يكون معزولا وبه يفتى كذا فى العمادية من الاستروشنية فالحاصل ان هذه التصرفات
انما لم تبطل بالشروط الفاسدة لانها اما من معاوضات غير مالية كالنكاح وامثاله او اسقاطات كالطلاق
وامثاله او من اطلاقات وولايات فالكل لا يفسد بالشروط الفاسدة لانه لا يكون ربوا **كتاب الصرف**
لما كان قيوده اكثر كان وجوده اقل فقدم ما هو اكثر وجودا وايضا لما كان عقدا على الاثمان والثمن فى الجملة
تبع لما هو المقصود من البيع اخر عن البيوع المتضمنة للمقاصد الاصلية اعنى المبيعات هو اى الصرف لغة
الدفع وشرعا بيع ثمن بثمن اى احد الحجرين بالآخر ولو غير مضروب تجانسا كذهب بذهب او فضة بفضة او لا كذهب بفضة

اوفضة بذهب وكثوب وذهب بذهب وفضة فيجوز بيع احد الجنسين مع غيره فيصرف فحقه الجنس الى
الصرف وشرط فيه اى فى الصرف والمراد فى بقائه على الصحة كما ستعرف التقابض للبدلين قبل الافتراق
بالبدن وان اختلف المجلس قال فى الهداية ولابد من قبض العوضين قبل الافتراق لقوله عم مثلا بمثل يدا بيد
ولانه لابد من قبض احدهما ليخرج العقد عن بيع الكالى بالكالى ثم لابد من قبض الآخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربوا
اولان احدهما اولى من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ اولا يتعينان كالمضروب او يتعين
احدهما ولا يتعين الآخر لاطلاق ما روينا ولانه ان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمنا خلقة
فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة فى الربوا والمراد منه الافتراق بالابدان حتى لو ذهبا يمشيان معا فى جهة
واحدة او ناما فى المجلس او اغمى عليهما لا يبطل الصرف وان افترقا قبل العوضين او احدهما بطل العقد لفوات
الشرط وهو القبض ولهذا لم يصح فيه اجل ولا خيار شرط لان خيار الشرط يمنع ثبوت الملك او تمامه على الرأيين
منهم وذلك يخل بالقبض المشروط وهو القبض الذى يحصل به التعيين بخلاف خيار الرؤية والعيب لا يمنع الملك
فى المبيع فلا يمنع تمام القبض فلو افترقا فى الصرف خيار عيب او رؤية جاز الا انه لا يتصور فى النقد وسائر الديون
خيار رؤية لان العقد ينعقد على مثلها لا عينها بخلاف الاوانى والحلى ولو اسقطا فى المجلس خيار الشرط والاجل عاد
الصرف صحيحا خلافا لزفر واورد عليه كيف جاز ان يقال التقابض شرط الجواز وهو متأخر عن العقد فانما هو حكمه
فالجواب ان المختار انه ليس الا شرط لبقائه على الصحة واعلم ان الفقهاء اجمعوا على انه لابد فى الصرف من قبض العوضين
قبل الافتراق وفى فوائد القدورى المراد بالقبض ههنا القبض بالبراجم لا بالتخلية يريد باليد وقد ذكرنا آنفا ان
المختار ان هذا القبض شرط البقاء على الصحة لا شرط ابتداء الصحة لظاهر قوله فان افترقا بطل العقد وانما يبطل
بعد وجوده وهو الاصح وثمرة الخلاف فيما اذا ظهر الفساد فيما هو صرف يفسد فيما ليس صرفا عند ابى حنيفة رحه
ولا يفسد على القول الاصح كذا فى فتح القدير ولو تصارفا ووكلا بالقبض فالمعتبر تفرق العاقدين لا تفرق الوكيلين
كذا فى الاختيار واذا فسد الصرف بالافتراق قبل قبض احد المالين هل يتعين المقبوض للرد فيه روايتان
والصحيح انه يتعين كما يتعين فى الغصب كذا فى قاضيخان وصح بيع الجنس بغيره مجازفة وبالفضل لقوله عم
اذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد فيجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة وتفاضلا
وكذا سائر الاموال الربوية بخلاف جنسها كالحنطة بالشعير لان المانع من المجازفة وهو اشتراط العلم
بالمساواة غير مشروط فى خلاف الجنس لكن يشترط فيه القبض قبل التفرق فلو افترقا قبل القبض بطل العقد لفوات
الشرط لا يصح بيعه بجنسه الا متساويا فان باع فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل يعنى فى العلم لا بحسب
نفس الامر فقط كذا فى فتح القدير وتحقيق ذلك ما اشار اليه صاحب الاختيار حيث قال وان لم يعلما لا يجوز
لاحتمال الربوا لان الشرط وهو المساواة يجب علينا تحصيله اما وجوده فى علم الله تعالى لا يصلح ان يكون شرطا لان
الاحكام تبتنى على افعال العباد تحقيقا لمعنى الابتلاء انتهى وان للوصل اختلفا جودة وصياغة لقوله عم جيدها ورديها
سواء فيدخل بيع الاناء بالاناء فلو باعهما مجازفة ولم يعلما كميتهما وكانا فى نفس الامر متساويين لم يجز ولو وزنا
فى المجلس فظهرا متساويين يجوز وعن ابى حنيفة لا يجوز فان باع مجازفة ثم علم التساوى قبل التفرق بالابدان جاز
فى قولهم ولو وزنا بعد الافتراق لا يجوز وان كانا متساويين خلافا لزفر لان الشرط التساوى وقد ثبت والاشتراط
العلم به زيادة بلا دليل قلنا بل هو شرط بدليل ان الموهوم فى هذا العقد جعل كالمعلوم شرعا وما لم تعلم المساواة

توهم الز

توهم الزيادة حاصل فيكون كثبوت حقيقة الزيادة ولا يجوز التصرف فى بدل الصرف قبل قبضه وكل منهما بدل الصرف
فلا يجوز التصرف فى احد بدلى الصرف قبل قبضه بهبة ولا صدقة ولا بيع فان فعل بعض ذلك مع العاقد بان
وهبه البدل او تصدق به عليه او ابرأه منه فان قبل بطل الصرف لتعذر وجوب القبض واذا تعذر الشرط ينتفى
المشروط وان لم يقبل لا ينتقض لان البراءة عما منها سبب الفسخ فلا ينفرد به احدهما بعد صحة العقد فلو
باع ذهبا بفضة واشترى بها اى بتلك الفضة ثوبا قبل قبضها اى قبل قبض الفضة فسد بيع الثوب لان القبض
فى الفضة مستحق حقا لله تعالى فلا يسقط باسقاط المتعاقدين فلو جاز البيع فى الثوب سقط فلا يجوز بيع
الثوب والصرف على حاله يقبض بدله من عاقده معه ولو اشترى امة تساوى الفا اى الف درهم مع طوق
فضة فى عنقها قيمته اى قيمة الطوق الف درهم بالفين ونقد من الثمن الفا ثم افترقا فهو اى الالف المنقود ثمن
الطوق يعنى يصرف المنقود الى الطوق وان لم يبين الدافع عليه وكذا لو قال خذه منهما صرف ايضا الى الطوق
وصح البيع فيهما تحريا للجواز بتحكيم ظاهر حالهما اذ الظاهر قصدهما الى الوجه المصحح لان العقد لا يفيد المقصود بها
الا بالصحة فكان بهذا الاعتبار عملا بالظاهر والظاهر يجب العمل به بخلاف ما لو صرح فقال خذ هذه الالف من ثمن
الجارية فان الظاهر حينئذ عارضه التصريح بخلافه فاذا قبضه ثم افترقا بطل فى الطوق كما اذا لم يقبضه ولو
اشتراها اى الجارية بالفين الف نقد والف نسيئة فالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل فى الصرف جائز
فى بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر منهما ولو اشترى سيفا حليته خمسون بمائة ونقد من
الثمن خمسين جاز البيع فهو اى الخمسون حصة الحلية وان للوصل لم يبين لما او قال هو من ثمنهما يعنى او قال
خذ هذه الخمسين من ثمنهما لان المثنى قد يستعمل فى الواحد ايضا قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد
من احدهما وهو البحر الملح ويا معشر الجن والانس الم ياتكم رسل منكم وانما الرسل من الانس فى مذهب اهل الحق
وقال تعالى نسيا حوتهما وانما نسيه فتى موسى فقال عم اذا سافرتما فاذنا واقيما وانما اراد ان يؤذن احدهما
وقال تعالى قد اجيبت دعوتكما والمراد دعوة موسى واذا صح الاستعمال وكثر وجب الحمل عليه لما قلنا فان افترقا
فى الصورتين بلا قبض صح البيع فى السيف دونها اى دون الحلية لانه صرف فيها وكذا فى الطوق ويصح فى الجارية
وقوله ان تخلص بلا ضرر قيد لصحة البيع فى السيف والا اى وان لم تتخلص الحلية بلا ضرر بل بضرر فى السيف
بطل البيع فيهما اى فى الحلية والسيف لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كما مر فى جذع من
سقف وان كان تتخلص بلا ضرر جاز فيه كالجارية لانه امكن افراده بالبيع وبطل فى الحلية خاصة ثم الجواب فى
المسئلتين مقيد بما اذا كانت الفضة المفردة يعنى الثمن اكثر من الطوق والحلية فان كانت مثله او اقل او لا يدرى
او اختلف المقومون فى ذلك لا يجوز البيع للربوا حقيقة فيما اذا كانت اقل او مساوية بسبب زيادة البدل
الآخر وهو المبيع الفضة زيادة من جنسه او من غيره وهو نفس الجارية والسيف او لاحتمال الربوا اذا لم يدر الحال
وقد تقدم انه لابد من العلم بالمساواة وان باع اناء فضة بفضة وقبض بعض ثمنه وافترقا صح البيع فيما قبض
فقط وبطل فيما لم يقبض والاناء مشترك بينهما لانه صرف كله صح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يقبض ولا يشيع
الفساد فى الكل لانه طارئ بعد صحة العقد فى الكل بناء على ما هو المختار من ان التقابض قبل الافتراق شرط البقاء
على الصحة لا شرط الانعقاد على وجه الصحة فيصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع ولا يتخير واحد من المتعاقدين لان
عيب الشركة جاء بفعلهما وهو الافتراق بلا قبض فان استحق بعضه اى بعض الاناء اخذ المشترى ما بقى بحصته

اورده لان الشركة عيب ولم يحدث بصنعه وهذا بخلاف ما لو استحق بعض قطعة نقرة اشتراها اخذ المشتري
الباقي بحصته بلا خيار لانه لا يضره التبعيض فلم يلزم العيب وهو الشركة لامكان ان يقطع حصته منها وصح بيع
درهمين ودينار بدينارين ودرهم لانه جعل كل واحد من الجنسين بخلافه فيعتبر الدرهمان بالدينارين
والدرهم بالدينار وقال زفر والشافعي لا يجوز وعلى هذا الخلاف بيع كر بر وكر شعير بكري بر وكري شعير
وبيع السيف المحلى بالفضة بسيف محلى بالفضة ولا يدري مقدار الحليتين وكذا درهم ودينار بدرهمين
ودينارين لهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرف العاقد لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيتها الانقسام على
الشيوع لا على التعيين وهو ان يكون كل جزء على الشيوع مقابلا لكل جزء فيتحقق فيه جنس في كل الاجزاء وخلاف جنسه
واجزاء جنسه اذ اجزاء دينارين اكثر من اجزاء دينار بالضرورة وليس المعنى ان كل جزء معين مقابل
بكل جزء على العموم والا كانت الذرة من الدينار مقابلة بجميع الدينارين والدرهم فلم يبق للذرة الاخرى ما يقابلها
والدليل على ان الانقسام كما ذكرنا ما لو اشترى عبدا وجارية بثوب وفرس ثم استحق العبد يرجع بقيمة العبد
في الثوب والفرس جميعا ولو كان الانقسام على الشيوع لما رجع في الثوب والفرس جميعا وتغيير تصرفهما لا يجوز
وان كان فيه تصحيح التصرف بدليل الاجماع على ان من اشترى قلبا وزنه عشرة بعشرة وثوبا بعشرة ثم
باعهما مرابحة صفقة واحدة لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب وحده ليخلو القلب عن التفاضل وكذا اذا اشترى
عبدا بالف ثم باعه قبل نقد الثمن من البايع مع عبد آخر بالف وخمسمائة لا يجوز ويفسد في المشترى بالف وان امكن
تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه
الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض فسد في الدرهمين ولا يصرف
الى الثوب لما ذكرنا فهذه احكام اجماعية كلها دالة على ان تغيير التصرف لا يجوز وان كان يتوصل به الى تصحيحه
ولنا ان لاصحابنا اصل اجماعي وهو ان مهما امكن تصحيح تصرف المسلم العاقل يرتكب وله نظائر كثيرة ولهذا
يحمل كلامه على المجاز وترك حقيقته اذا كان لا يصح على تقديره فههنا اللفظ مطلق يحتمل مقابلة الفرد بالفرد وهو
الجنس المعين ههنا بجنس معين بدليل انه يصح تفسيره به فانه لو قال بعت بهذين الدرهمين والدينار بدينارين
ودرهم على معنى ان الدرهمين بالدينارين والدينار بالدرهم صح وهو طريق متعين للتصحيح فوجب حمله
عليه وصح بيع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار وتكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم لان شرط البيع
في الدراهم التماثل وهو بذلك فبقي الدرهم بالدينار وهما جنسان لا يعتبر التساوي بينهما ثم فرع صاحب
الهداية ههنا فرعا بين ان بعض هذه البياعات وان كان جائزا في الحكم فهو مكروه فقال لو تبايعا فضة
بفضة او ذهبا بذهب يعني واحدهما اقل من الآخر الا ان مع الاقل شيئا آخر كفلوس او غيرها مما تبلغ قيمته
قدر الزيادة في البدل الآخر او اقل بقدر ما يتغابن فيه فالبيع جائز من غير كراهة وان لم يكن فهو جائز مع الكراهة
كان لم يبق معه كف من زبيب او فلسين وقيل لمحمد كيف تجده في قلبك قال مثل الجبل ولم تنقل الكراهة عن
ابي حنيفة بل صرح في الايضاح انه لا بأس به عند ابي حنيفة قال وانما كره محمد ذلك لانه اذا جاز على هذا الوجه
الف الناس التفاضل واستعملوه فيما لا يجوز وهكذا ذكر في المحيط وينبغي ان يكون قول ابي حنيفة ايضا على
الكراهة كما هو ظاهر اطلاق صاحب الهداية من غير ذكر خلاف واما اذا اضم ما لا قيمة له ككف من تراب لا يصح لانه
لم يقابل الزيادة مال **فروع** اشترى تراب الفضة بفضة لا يجوز لانه ان لم يظهر في التراب شيء فظاهر وان ظهر

فهو بيع

فهو بيع الفضة بالفضة مجازفة ولهذا لو اشتراه بتراب فضة لا يجوز لان البدلين هما الفضة لا التراب
ولو اشتراه بتراب ذهب او بذهب جاز لعدم لزوم العلم بالمماثلة لاختلاف الجنس فلو ظهر ان لا شيء
في التراب لا يجوز وكلما جاز فمشتري التراب بالخيار اذا راى لانه اشترى ما لم يره الكل من فتح القدير وصح
بيع صحيح درهم ودرهمين غلة والغلة ما يرده بيت المال للزيافة بل لانها دراهم مقطعة مكسرة تكون القطعة منها ربعا
وثمنا واقل وبيت المال لا يأخذ الا العالي بدرهمين صحيحين ودرهم غلة للمساواة في الوزن والجودة في الصحيحة
ساقطة الاعتبار لان الجودة في الاموال الربوية عند المقابلة بالجنس ساقطة وصح بيع دينار بعشرة هي اي العشرة
عليه او بعشرة مطلقة ان دفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة يعني من له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي
عليه العشرة دينارا بعشرة دراهم وقبض الدينار فان اضاف الى العشرة الدين جاز اتفاقا ويجب بهذا
العقد عشرة ثم لا يجب تعيينه بالقبض لان تعيين احد البدلين في الصرف للاحتراز عن الدين بالدين في تعيين
الآخر لدفع الربوا بالتساوي وقد اندفع الدين بالدين في هذه الصورة بقبض احد العوضين وهو الدينار
والقبض الذي يتحقق منه التعيين في البدل الآخر قد تحقق سابقا فعند الاضافة الى ذلك المقبوض يحصل
المقصود من المماثلة بين البدلين وهو كون كل منهما مقبوضا قبضا يحصل به التعيين بخلاف ما اذا لم يضف
اليه لان موجب العقد عشرة مطلقة لا يلزم ان تكون هذه العشرة الدين وكذا قال زفر فيما اذا باعه المديون
بالعشرة دينارا بعشرة وهي مسئلة الكتاب ثم تقاصا لا يجوز لان موجب العقد عشرة مطلقة فلا تصير تلك
العشرة المعينة ونحن نقول موجب العقد عشرة مطلقة تصير معينة بالقبض وبالاضافة بعد العقد الى العشرة
الدين صارت كذلك غير انه بقبض سابق كما ذكرنا بخلاف ما لو باع بالف ثم بالف وخمسمائة فان الفسخ
لازم لان احدهما لم يصدق على الآخر بخلاف العشرة مطلقا مع هذه العشرة للصدق لان الاطلاق ليس
قيدا في العقد بها والا لم يمكن قضاؤها اصلا اذ لا وجود للمطلق بقيد الاطلاق وعلى هذا مشوا وتقريره
انهما لما غيرا موجب العقد فقد فسخاه الى عقد آخر اقتضاء ولم يقل زفر بالاقتضاء وهذا اذا كان الدين
سابقا على بيع الدينار فان كان لاحقا قبل الافتراق والمسئلة بحالها بان عقدا على الدينار بعشرة ثم باع
مشتري الدينار من بايعه ثوبا بعشرة ثم قاصصه بثمن الدينار عنها ففي رواية لا يصح والاصح انه يصح
لحصول المقصود وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير اذا استقرض بايع الدينار عشرة من المشتري
او غصب منه فقد صار قصاصا ولا يحتاج الى التراضي لانه قد وجد هنا القبض وما غالبه الفضة او الذهب
والغش اقل فضة خالصة او ذهب خالص حكما اعتبارا للغالب لانها على ما قيل قلما تنطبع الا بقليل غش
وقد يكون الغش خلقيا كما في الردي منه الذي يقال له ناقص العيار والرداءة مهدرة شرعا عند المقابلة
بالجيد فكذا الغش المغلوب الحاقا له بها واذا كانا كالخالصين فلا يجوز بيع الخالص به اي بما غالبه الخالص
ولا بيع بعضه ببعض الا متساويا وزنا وكذا لا يجوز استقراضه الا وزنا كاستقراض الذهب والفضة الخالصين
وما غلب عليه الغش منهما اي من الفضة والذهب فهو ليس في حكم الدراهم والدنانير الخالصة بل هو في حكم
العروض اعتبارا للغالب فبيعه بالخالص على وجوه حلية السيف وهي انه ان كانت الفضة الخالصة مثل
الفضة التي في الدراهم او اقل او لا يدري لا يصح في الفضة ولا في النحاس ايضا اذا كان لا يتخلص الا بضرر
وان كانت الخالصة اكثر مما في الدراهم جاز ليكون ما في الدراهم من الفضة بمثلها من الخالصة والزائد

من الخالصة بمقابلة الغش ولذا يصح بيعه بجنسه متفاضلا صرفا للجنس الى خلاف الجنس فيصرف كل من فضة الدراهم
الى غش الدراهم الاخرى لانها فى حكم شيئين فضة وغش صفرا وغيره ولكنه مع هذا صرف وكذا قال يشترط
التقابض فى المجلس يعنى قبل الافتراق بالبدن واذا شرط القبض فى الفضة يشترط فى الصفر لانه لا يميز عنه
الا بضرر ويصح التبايع والاستقراض بما يروج منه اى مما غلب عليه الغش منهما وزنا او عددا او بهما يعنى اذا
كانت هذه الدراهم الغالب غشها تروج بالوزن فالبيع بها والاستقراض بالوزن وان كانت تروج بالعد
فالبيع والاستقراض بها بالعد ليس غير وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لان المعتبر هو المعتاد فيهما اذا لم
يكن نص على ما عرف فى الربوا وما دام يروج فهو ثمن لا يتعين بالتعيين لكونه ثمنا ولو هلك قبل القبض لا يبطل العقد
وهذا اذا كانا يعلمان بحاله ويعلم كل من العاقدين ان الآخر يعلم فان البيع يتعلق بالدراهم الرائجة فى ذلك البلد
لا بالمشار اليه من هذه الدراهم التى لا تروج وان كان يقبلها البعض دون البعض فهى فى حكم الزيوف والنبهرجة
فيتعلق البيع بجنسها لا بعينها كما هو فى الرائجة لكن يشترط ان يعلم البائع حاقته ذلك من امرها لانه رضى بذلك
وادرج نفسه فى البعض الذين يقبلونها وان كان البائع لا يعلم تعلق العقد على الاروج فان استوت فى الرواج
جرى التفصيل الذى اسلفناه فى اول كتاب البيوع ومن احكام ما غلب عليه غشه انه لو اشترى به فكسد اى قبل
قبضها بطل البيع عند ابى حنيفة فان كان المبيع قائما مقبوضا رده وان مستهلكا او هالكا رجع البائع عليه بقيمته
ان كان قيميا ومثله ان كان مثليا وان لم يكن مقبوضا فلا حكم لهذا البيع اصلا وقالا لا يبطل وهو قول احمد وزفر
وتجب قيمته يوم البيع عند ابى يوسف قال فى الذخيرة وعليه الفتوى لانه مضمون بالبيع وهو نظير قوله فى المغصوب
اذا هلك ان عليه قيمته يوم الغصب لانه يوم تحقق السبب وقيمته آخر ما تعومل به عند محمد يعنى آخر ما تعامل
الناس به وهو يوم الانقطاع لانه اوان الانتقال الى القيمة وفى المحيط والتتمة والحقايق به يفتى رفقا بالناس
لهما ان البيع قد صح بالاجماع الا انه تعذر تسليم الثمن بالكساد والكساد لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب
شيئا فانقطع فى اوانه بان لا يوجد فى الاسواق لا يبطل وتجب القيمة او ينتظر زمان الرطب فى السنة الثانية فكذا هذا
ولابى حنيفة ان الثمن يهلك بالكساد لان مالية الفلوس والدراهم الغالبة الغش بالاصطلاح لا بالخلقية وما بقى
الاصطلاح بل انتفى فانتفت الثمنية فبقى بيعا بلا ثمن بخلاف النقدين فان ماليتهما بالخلقة لا بالاصطلاح كمالية ما كانت
بالحياة ذهبت بذهاب الحيوة والجواب عن البيع بالرطب ان الرطب مرجو الوصول فى العام الثانى غالبا فكان له
مظنة يغلب ظن وجوده عندها بخلاف الكساد فانه ليس له مظنة محققة الوجود فى زمن خاص يرجى فيها بل الظاهر
عدم العود لان الاصل فى غالب الغش الكساد وعدم الثمنية والشئ اذا رجع الى اصله قلما ينتقل عنه وفى الخلاصة
عن المحيط دلال باع متاع الغير بغير اذنه بدراهم معلومة واستوفاها فكسدت قبل دفعها الى صاحب المتاع
لا يفسد البيع لان حق القبض له الكل من فتح القدير والمساوى الغش كمغلوبه فى التبايع والاستقراض وكذا
فى الصرف حتى لا ينقض العقد بهلاكه وقيل متساوى الغش كغالبه فى الصرف حتى اذا بيع بجنسه متفاضلا
جاز ويجوز البيع بالفلوس النافقة لانها نوع من انواع المال فان كان الوصل لم يعين بل لو عينت لا تتعين
وللعاقد ان يدفع غير ما عين لانها اثمان كالدراهم حتى لو هلكت قبل القبض لا ينفسخ العقد ولو استبدل
بها جاز ولو باع فلسا بفلسين يجوز ولو باع فلسا بغير عينه بفلسين باعيانهما لا يجوز لان الفلوس الرائجة
متساوية وصفا لاصطلاح الناس على سقوط قيمة الجودة فيكون ربوا وان كانت فهو مبيعة لا يصح العقد عليها

مالم تتعين

مالم تتعين ولو باع بالفلوس النافقة ثم كسدت قبل القبض بطل البيع عند ابى ح خلافا لهما وهو نظير الاختلاف فى الدراهم الغالبة الغش كما فى كساد المغشوش ولو استقرضها اى الفلوس فكسدت يرد
عينها ان كانت قائمة اتفاقا وان هلكت يرد مثلها عند ابى حنيفة وقالا لا يجب عليه رد قيمتها لانه تعذر
رد ما كما قبضها لان المقبوض كان ثمنا والمردود ليس بثمن ولما ان المردود فى القرض جعل عين المقبوض حكما
والا يلزم مبادلة جنس بجنس نسيئة وانه حرام فلا يشترط فيه الرواج وقولهما انظر للمقرض من قول ابى حنيفة
لان فى رد المثل اضرار به وعند ابى يوسف يرد قيمتها يوم قبض القرض هذا ايسر لان قيمتها يوم القبض معلوم
ويوم الكساد لا يعرف الا بحرج وعند محمد يوم الكساد هذا انظر للمستقرض لان قيمتها يوم الانقطاع اقل وفى
المنتقى لو كان الفلوس ثمنا فرخصت او غلبت قبل القبض قال ابو يوسف عليه قيمتها من الدراهم يوم وقع
البيع كذا فى شرح المجمع وشرح الهداية ولا يجوز البيع بغير الفلوس النافقة ما لم تعين لان الكاسدة صارت سلعا
بالكساد ولو اشترى شيئا بنصف درهم فلوس بان قال مثلا البائع سلعة اشتريتها منك بنصف درهم
فلوس فقال بعتك او دانق فلوس او قيراط فلوس الدانق سدس الدرهم والقيراط نصف السدس جاز
البيع وانعقد والحال يجب عليه اى على المشترى ما يباع بنصف درهم فضة او دانق او قيراط منها من الفلوس
فهو بيان ما وقال زفر لا يجوز فى جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وهى تقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم فلا بد من
بيان عددها والا فالثمن مجهول ولان العقد وقع على الدانق والدرهم ثم شرط اعطاؤه من الفلوس وهو صفقة
فى صفقة فان المعنى انه شرط ان يعطى بنصف الدرهم الذى هو الثمن فلوسا وهو ان يبيعه بالدانق فلوسا ونحن
نقول ان ما يباع بالدانق وما ذكرنا من الفلوس معلوم وهو المراد بقوله بنصف درهم فلوس لانه لما ذكر نصف
الدرهم ثم وصفه بانه فلوس وهو لا يمكن عرف ان المراد ما يباع به من الفلوس وهو معلوم عند الناس فاغنى عن
ذكر العدد بخصوصه واذا صار كناية عما يباع بنصف او ربع درهم لم تلزم جهالة الثمن ولا صفقة فى صفقة لان الثمن
من الابتداء ما يباع من الفلوس بنصف درهم ولو قال بدرهم فلوس او درهمين فكذا عند ابى يوسف وعند محمد
لا يجوز الا فيما دون الدرهم قالوا وقول ابى يوسف اصح لا سيما فى ديار ما وراء النهر فانهم يشترون الفلوس
بالدراهم ولان المدار هو العلم بما يباع بالدرهم من الفلوس مع وجوب الحمل عليه تصحيحا للعلم بانه المراد ولا فرق فى ذلك
بين ما دون الدرهم والدراهم فضلا عن الدرهم ولو دفع الى صيرفى درهما فقال اعطنى بنصفه او ربعه او قيراط
منه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة وعلى وزانه ان يقول وبثلاثة ارباعه ثلاثة ارباع درهم الا حبة وقس الباقى
فسد البيع فى الكل عنده لان الصفقة متحدة والفساد قوى مقارن للعقد فيشيع وعندهما صح البيع فى الفلوس
وبطل فيما بقى من النصف الآخر او الثلاثة الارباع وباقى الصور لان بيع نصف الدرهم بالفلوس جائز وبيع
نصف درهم الا حبة ربوا فلا يجوز ولو كرر لفظ اعطنى بان قال اعطنى بنصفه نصفا الا حبة صح البيع فى الفلوس
وخص الفساد بالنصف الآخر اتفاقا لانهما بيعان لتعدد الصفقة وهذا هو المختار خلافا لما حكى عن الشيخ ابى جعفر
وشيخ الاسلام والمظفر انه لا يجوز وان كرر لفظ الاعطاء لان تعدد الصفقة عنده بتعدد البيع وهو الايجاب
ولفظ اعطنى مساومة واذا كان قوله يعنى بكذا البيع ايجابا حتى لو قال بعت لا ينعقد ما لم يقل الاول قبلت
ما اعطنى وليس من مادة البيع اولى وح لم يتعدد البيع فيشيع الفساد على قوله كالصورة الاولى وجه المختار
ان ذلك صار معلوم المراد انه ايجاب وعلى هذا فلو تعورف فى بعض شئ صح ايضا الا انهم لم يذكروه فيما اذا دفع

اليه الدرهم الكبير ولو قال اعطني نصف درهم فلوس ونصفا الاحبة صح في الكل لانه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس
بنصف درهم وبنصف درهم الاحبة ويتحرى الجواز بان يكون النصف الاحبة بمثله اى بازاء مثله ويكون
الفلوس بالباقي اى بازاء الباقي فروع ولو تصارفا جنسا بجنس متساويا فزاد احدهما او حط شيئا وقبل الآخر
التحق باصل العقد وبطل العقد وقال ابو يوسف لا يلتحق فيهما ولا يبطل وقال محمد يصح الحط فقط ويجعل هبة مبتدأة
ولو تصارفا بغير الجنس فزاد او حط جاز لعدم اشتراط المماثلة غير ان الزيادة يجب قبضها في مجلس الزيادة لانه ثمن الصرف
وعند من لا يلحق الزيادة باصل العقد كان في واحد لا يشترط لانها هبة ابتدائية ولو افترقا عن قبضها واما
النفس بان يعلم الطالب مكانه ويخلي بينهما وباعوان السلطان والقاضي فيصح دفعا للحاجة كذا في الاختيار
ونقل عن مالك في ان الكفالة بالنفس لا يجوز وهو قول مخالف للقول الاظهر عندهم وهو انها جائزة كقولنا
ويدخل في الكفالة بالمال الكفالة بالاعيان الواجبة التسليم وهي امانة كالعارية والمستاجر في يد المستاجر فتصح الكفالة
بها ومتى هلك لا يجب على الكفيل قيمته بخلاف الاعيان غير الواجبة التسليم كالوديعة واما المضاربة والشركة فلا تصح
الكفالة بها اصلا كما سياتي فالاولى ان الكفالة بالنفس تنعقد بكفلت بنفسه او برقبته ونحوه مما يعبر به عن جميع البدن
كالرأس والوجه والروح والجسد بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بهما عن البدن ولذا لا يصح اضافة
الطلاق اليهما وتنعقد بجزء شائع منه كنصفه او عشره لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فذكر بعضها شائعا
كذكر كلها وتنعقد بضمنته فانه تصريح بوجه لان موجب الكفالة لزوم الضمان في المال في اكثر الصور او هو على لانه صيغة
التزام او الي فانه في معنى على قال عم من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا اى يتيما فالي لان العطف يقتضي المغايرة
او انا زعيم بالنص او انا قبيل به اى بالاصيل لانه بمعنى الكفيل وكذا قوله انا ضمين او لك عندي هذا الرجل او على منزله
او على ان او فيك به او ان الفاك به لان ذلك يؤدي بمعنى الكفالة لا تنعقد بانا ضامن لمعرفته لانه التزم بالمعرفة
دون المطالبة ولو قال ضامن لتعريفه او على تعريفه ففيه اختلاف المشايخ والوجه ان يلزم لانه مصدر متعد الى
اثنين فقد التزم ان يعرفه الغريم بخلاف معرفته فانه لا يقتضي الا معرفة الكفيل المطلوب وفي فتاوى النسفي لو قال
الدين الذي لك على فلان انا ادفعه لك وانا اسلمه اليك او اقبضه لا يكون كفالة ما لم يتكلم بما يدل على الالتزام
وفي الخلاصة قيده بما قاله منجزا فلو معلقا يكون كفالة نحو ان يقول ان لم يؤد فانا اؤدي نظيره في النذر لو قال
انا احج لا يلزمه شيء ولو قال ان دخلت الدار فانا احج يلزمه الحج ذكره ابن الهمام ولو قال كفلت بنفس فلان
الى شهر على ان لا اكون كفيلا بعد ذلك لم يصر كفيلا وهذا حيلة لمن يلتمس منه الكفالة ولا يريد ان يصير كفيلا
وتمامه في العمادي ذكره في القهستاني وصح اخذ كفيلين او اكثر والكل كفيل بالنفس لان موجبه التزام المطالبة وجاز
تعدد الملتزمين بها لزيادة التوثق ثم اذا سلم احدهما نفس المكفول به لا يبرأ الآخر بالاجماع بخلاف الكفالة بالمال
ان كفلوا معا طولب كل بما يخصه او جازت مطالبة كل واحد بالكل مثلا كفل ثلاثة معا بالف لا يطالب احدهم
الا بثلثها ولو كفلوا بها على التعاقب طولب كل واحد بالالف وايهم قضى سقطت عن الباقين ويجب فيها
اى بالكفالة بالنفس للطالب والمدعي عليه مكفول عنه ويسمى الاصيل والنفس في الكفالة بالنفس وكذا المال في
الكفالة بالمال مكفول به ومن لزم عليه المطالبة كفيل اذا طلبه المكفول له لان الحق له فيشترط عليه فان
لم يحضره حبس اى حبس الحاكم الكفيل لامتناعه عن ايفاء حق لازم عليه بالتزامه لكن لا يحبسه اول ما دعى لعله
لم يعلم لماذا دعى فاذا لم يحضره ظهرت مماطلته الكفيل فيحبس لان يظهر للقاضي تعذر الاحضار عليه بدلالة الحال او شهود

بذلك

بذلك فيخرج من الحبس وينظر الى وقت القدرة كالاعسار بالدين واذا اخرج لا يحول بينه وبين المكفول له فيلازمه
ولا يمنعه من اشغاله وان عين الكفيل وقت تسليمه اى الاصيل لزمه ذلك فيه اى في ذلك الوقت المعين
اذا طلبه فان سلمه قبل ذلك برئ لانه خرج عن عهدة ما التزمه فان غاب المكفول به وعلم مكانه لا يطالبه في الحال بل امهل
الحاكم الكفيل مدة ذهابه وايابه اعانة على تحصيل ما يخرج به عن عهدة ما التزمه فان مضت المدة ولم يحضره حبسه لتحقق
امتناعه عن ايفاء الحق وان غاب المكفول به ولم يعلم مكانه لا يطالب به ولو قال الطالب يعرف مكانه وقال الكفيل
لا اعرف فان كانت له خرجة معروفة يخرج الى موضع معلوم للتجارة فالقول للطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب اليه
لان الظاهر شاهد له وان لم يكن ذلك فالقول للكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة
وقيل لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبس حتى يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه بالضمان فلا يصدق في
دعوى ما يسقطها فان اقام الطالب بينة انه في موضع كذا يؤمر الكفيل بالذهاب اليه وتبطل الكفالة بموت الكفيل
بها فيبرأ لانه لم يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب الذي هو احضار النفس بخلاف
الكفيل بالمال اذا مات فانه يطالب باداء ما كفل به لان ماله يصلح للوفاء بذلك فبموت المكفول به يبطل
بالنفس [struck through] فيطالب الوصي فان لم يكن فالوارث لقيامه مقام الميت ويرجع ورثة الكفيل على الاصيل
ان كانت الكفالة بامره كما في الحيوة ولو كان الدين مؤجلا ومات الكفيل قبل الاجل يؤخذ من تركته حالا ولا ترجع
ورثته على المكفول عنه الا بعد حلول الاجل لان الاجل باق في حق المكفول عنه لبقاء حاجته اليه وبموت المكفول
به فيبرأ الكفيل بالنفس من الكفالة لانه عجز عن احضاره ولو كان النفس المكفول بها عبدا هذا دفع لتوهم ان
العبد مال فاذا تعذر تسليمه لزمه قيمته فان هذا اذا كان على العبد مال لطالب وكفل بنفسه رجل واما اذا
كان المطالب رقبة العبد فاذا مات واثبت المدعي دعواه ضمن الكفيل قيمته دون موت المكفول له يعني لا تبطل
بموته الكفالة بالنفس كما لا تسقط الكفالة بالمال لان الكفيل موجود على قدرته بل يطالب وارثه او وصيه لانه
يقوم مقام الميت في المطالبة فيطالب الكفيل لانه حقه ويبرأ الكفيل بالنفس اذا سلمه اى اذا سلم الكفيل
المكفول عنه الى المكفول له حيث يمكن للمكفول له مخاصمته مثل ان يكون في مصر من الامصار سواء قبله الطالب
او لا برئ الكفيل من الكفالة كالمديون اذا جاء بالدين فوضعه بين يدي الطالب ولا مانع من القبض برئ وان
لم يقبضه وكالغاصب اذا رد المغصوب على المالك يبرأ مع انه جان فههنا اولى وهذا لانه ما التزم التسليم
بالكفالة الا مرة وقد حصلت وان لم يقل الكفيل في العقد اذا دفعته اليك فانا بريء لان دفع
المطلوب هو موجب الكفالة فلا يحتاج في ثبوته الى التنصيص عليه كالملك موجب البيع فيثبت عنده
من غير ان يشترط ويبرأ بتسليم وكيل الكفيل ورسوله لقيامهما مقامه يعني اذا قال سلمت نفسه عن الوكيل
بخلاف ما اذا لم يقل ذلك بل سلم نفسه ولم يزد على ذلك لا يبرأ الكفيل وسلمه اجنبي لا بامر الكفيل عن الكفيل
لا يبرأ الكفيل الا ان يقبله الطالب فيبرأ الكفيل حينئذ بخلاف ما لو سكت الاصيل فلم يقل شيئا لا يبرأ
وبتسليم المكفول به نفسه من كفالته اى من كفالة الكفيل وذلك بان يقول سلمت نفسي او دفعت نفسي اليك
من كفالة فلان صح عن كفالته فيبرأ الكفيل بذلك قال شمس الائمة لا نعلم فيه خلافا وذلك لان المكفول به مطالب
بالخصومة يعني اذا طالب الطالب الكفيل فكان بتسليمه نفسه على هذا الوجه مسقطا ذلك عن نفسه كما اذا
طالبه بتعجيل الدين اللازم عليه فلا يكون متبرعا كالمحيل اذا قضى الدين بنفسه يصح قبل الطالب او لم يقبل فان شرط

في الكفالة بالنفس تسليمه في مجلس القاضي والمسجد الجامع فسلمه في السوق قالوا يبرأ لان المقصود من الكفالة
يحصل بذلك وهو قدرة المخاصمة ولكن المشايخ لما رأوا اختلاف الزمان قالوا المختار في زماننا ان لا يبرأ
بذلك لان البراءة كانت باعتبار انه يقدر على ايصاله الى حضرة القاضي بمعاونة الناس والآن لا يقدرون
او لا يفعلون ان قدروا فكان التقييد مفيدا وقد روي ذلك عن ابي يوسف نصا وقال لان الناس لا
يعينونه على احضاره قيل ويجب ان يفتى بهذا ولو شرط تسليمه عند الامير فسلمه عند القاضي او عزل ذلك الوالي
وولي غيره فدفعه عند الثاني جاز ذكره في الخلاصة الكل من فتح القدير وان سلمه في مصر آخر لا يبرأ عندهما ويبرأ
عند الامام الشرط عندهما ان يكون ذلك المصر هو المصر الذي كفل فيه وعند ابي حنيفة ليس ذلك بشرط لانه
يثبت بذلك قدرة المخاصمة في الجملة ولهما ان المقصود من التكفيل بنفسه تحصيله في وقت يقدر فيه على مخاصمته
وهذا لا يكون ظاهرا الا في مصره لان شهوده ظاهرا فيه لا في غيره من الامصار فلا يفيد التكفيل فائدته
المقصودة به وقولهما اوجه وفي فتاوى القاضي اذا اخذ كفيلا من المدعى عليه بنفسه فالكفيل اذا سلمه الى
القاضي او الى رسوله برئ وان سلمه الى المدعي لا وهذا اذا لم يضف الكفالة الى المدعي فان اضاف بان
قال اكفل للمدعي فالجواب على العكس وان سلمه في برية او في قرية لا يبرأ اتفاقا وكذا ان سلمه في السجن
وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على المحاكمة فيه وفي المنتقى رجل كفل بنفس محبوس ينبغي للقاضي
ان يخرجه حتى يدفعه الكفيل الى المكفول له ثم يعيده الى السجن وفي العيون لو ضمن بنفس رجل وحبس المطلوب
في السجن فاتى به الذي ضمنه الى مجلس القاضي فدفعه اليه قال محمد لا يبرأ لانه في السجن ولو ضمنه وهو في السجن
يبرأ ولو خلي عن الحبس ثم حبس ثانيا فدفعه اليه وهو في الحبس ان كان الحبس الثاني من امور التجارة ونحوها صح
الدفع وان كان في امر من امور السلطان لا يبرأ ولو حبس الطالب المطلوب ثم اخذ الطالب الكفيل فقال ادفعه
الي فدفعه وهو في الحبس قال محمد يبرأ بتسليمه اليه وهو في حبسه هو ولو قال المطلوب في السجن دفعت نفسي اليك
عن كفالته كان جائزا ايضا ويبرأ الكفيل وفي الواقعات رجل وهو محبوس فلم يقدر ان يأتي به الكفيل لا يحبس
الكفيل لانه عجز عن احضاره فان كفل بنفسه على انه ان لم يواف به غدا فهو ضامن لما عليه فلم يواف به غدا لزمه
ما عليه وان للوصل مات لان الكفالة بالمال في هذا معلقة بشرط عدم الموافاة وهذا تعليق صحيح فاذا وجد الشرط
لزمه المال ولا يبرأ من كفالة النفس لان وجوب المال عليه بالكفالة المعلقة لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل منهما للتوثق
ولعله يطالبه بحق آخر وفيه خلاف الشافعي ثم لو توارى المكفول له عند مجيء الوقت فلم يجده الكفيل ليدفعه اليه وخاف
لزوم المال عليه يرفع امره الى القاضي لينصب وكيلا فيسلمه اليه وعلى هذا لو باع على ان المشتري بالخيار ثلاثة ايام
فتوارى حتى كادت تمضي يرفع المشتري الامر الى القاضي ينصب وكيلا عن البائع ويرد عليه ثم قال الفقيه ابو
الليث هذا خلاف قول اصحابنا وانما روي في بعض الروايات عن ابي يوسف ولو فعله القاضي فهو حسن وفيها
ذكره في الخلاصة في موضع تعنت الخصم كفل بنفس رجل على انه ان لم يواف به غدا فالمال الذي للطالب على فلان
رجل آخر وهو كذا على الكفيل جاز على قول ابي حنيفة وابي يوسف لا الاول الكل من فتح القدير ومن ادعى على آخر مائة دينار
بينها اي بين صفتها على وجه يصح الدعوى او لم يبينها فتكفل بنفسه رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه المائة فلم يواف
به غدا لزمه المائة دينار خلافا لمحمد له وجهان احدهما انه علق التزام مال مطلق بخطر هو عدم الموافاة اذ لم ينسب المائة
الى ما عليه فهو رشوة على ان يترك المطلوب في الحال فلا يصلح لالتزام هذا المال ذكره ويحتمل ذلك كما يحتمل ما ادعيه فلا تثبت

ذلك

ذلك بالشك وهذا الوجه قول ابي منصور الماتريدي وهذا الوجه الثاني صحة الكفالة بالنفس الثاني ان الكفالة بالنفس
باطل لان صحتها موقوفة على تصحيح الدعوى ولم يصح مع جهالة المدعى به من غير بيان فلم يجب احضار النفس
فلم تصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لانه بناء عليه فاذا لم تصح الاولى لم تصح الثانية وهذا الوجه قول الكرخي
وهو مبطل للكفالتين ولهما انه اذا ظهرت الدعوى بالف ظهر انه اراد الالف التي يدعيها حكما منا بان الكفيل
كان يدري خصوص دعواه تصحيحا لكلام العاقل ما امكن فتصح الكفالة حين تقع على اعتبار بيان الدعوى بذلك
القدر وحاصل هذا انا لا نحكم حال صدورها بالف دين الامر موقوف على ظهور الدعوى بذلك القدر فاذا ظهر
ظهر انه انما كفل بالالف المدعى بها ولا يجبر على اعطاء كفيل بالنفس في حد وقصاص فان سمحت به نفسه اي نفس المطلوب
باعطاء الكفيل في الحدود والقصاص بلا اجبار صح بالاجماع لانه امكن ترتيب موجبه وهو تسليم النفس لان تسليم النفس
فيهما واجب فيطالب بها الكفيل فيتحقق الضم كذا في الهداية ومقتضى هذا التعليل صحة الكفالة اذا سمح بها في
الحدود الخالصة حقا لله تعالى لان تسليم النفس واجب فيها لكن نص في الفوائد الحبازية والشاهية على ان ذلك في
الحدود التي فيها للعباد حق كحد القذف لا غير ولانه معارض بوجوب الدرء ذكره ابن الهمام قال في البدائع وتجوز
الكفالة بنفس من عليه القصاص في النفس وما دونها وحد القذف والسرقة اذا بذلها المطلوب بلا خلاف
بين اصحابنا وهو الصحيح وقالا يجبر في القصاص لان الغالب فيه حق العبد وحد القذف لان فيه حق العبد
ولهذا يشترط الدعوى وليس المراد بالجبر ان يحبس حتى يعطي بل يلازمه ولا يدعه يدخل بيته الا وهو معه او يجلس
خارج البيت او يعطي كفيلا بخلاف الحدود الخالصة حقا لله تعالى كحد الزنا والشرب لا تجوز الكفالة بها وان طابت
نفس المدعى عليه باعطاء الكفيل بعد الشهادة او قبلها لا يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى لانه لا يسمع
دعوى احد في الزنا والشرب فلم تقع الكفالة بالنفس لحق واجب على الاصيل وبعد اقامة البينة قبل التعديل او
شهادة واحد عدل يحبس فيه تحصيل الاستيثاق فلا معنى للكفالة بخلاف ما فيه حق العبد فان حضوره مجلس
الحكم مستحق عليه بمجرد دعوى القذف والقتل حتى يجبره القاضي على الحضور ويحول بينه وبين اشغاله فتصح الكفالة
باحضاره واذا لم يكفل ماذا يصنع قال يلازمه الى وقت قيام القاضي عن المجلس فان احضر البينة فيها والا خلى سبيله
وروي عن ابي يوسف في الذي يجمع الخمر ويشربه ويترك الصلوة احبسه وادبه ثم اخرجه ومن يتهم بالقتل
والسرقة وضرب الناس فاني احبسه واخلده في السجن الى ان يتوب لان شر هذا على الناس وشر الاول على نفسه ولابي
حنيفة رح قوله عم لا كفالة في حد ولان مبنى الكل يعني من الحدود الخالصة حقا لله تعالى والتي فيها حق العبد كالقصاص
على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق كما في التعزير حيث يجبر المطلوب على اعطاء الكفيل فيه بنفسه فان شهد عليه
مستوران في حد قذف وقود حبس وكذا يحبس لو شهد عدل واحد خلافا لهما في رواية ذكر في ادب
القاضي ان على قولهما لا يحبس فيهما بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة وفي رواية يحبس ولا يكفل لحصول
المقصود باحدهما ويجمع بينهما بان المراد بالاولى يكفل ولا يحبس ان قدر على الكفيل وفي الثانية يحبس ان لم يقدر
على كفيل ولان الحبس هنا للتهمة لا للاستيثاق الحد والتهمة تثبت باحد شطري الشهادة اما العدد او العدالة
فان وقعت التهمة حبس بالنص لانه روي عن النبي عم انه حبس رجلا بالتهمة والكلام فيه في الحد بخلاف الاموال
لان الحبس اقصى عقوبة في المال فانه لو ثبت المال بالبينة العادلة وامتنع عن الايفاء حبس فكان اقصى عقوبته
فيها اما الحدود والقصاص فاقصى العقوبة فيها القتل والحبس نوع عقوبة فجاز ان يعاقب بالحبس قبل ثبوت

الحد والقصاص وصح الرهن والكفالة بالخراج لان الرهن لاستيفاء الدين منه والخراج يمكن استيفاؤه من الرهن والكفالة ضم في المطالبة بالدين والخراج دين مطالب به من جهة العباد حتى يحبس به ويلازم ويمنع من وجوب الزكوة فصحت الكفالة به ذكره في الهداية وانما نص على خصوص هذا الدين لدفع توهم انه لا تجوز الكفالة به لان الخراج في حكم الصلات ووجوبه لحق الشرع كالزكوة لكن لما كان ملزوما للوازم الدين صح العقدان المذكوران بخلاف دين الزكوة فانه وان كان له مطالب من العباد وهو الامام في الاموال الظاهرة والمالك في الباطنة لا تصح الكفالة به فانه ليس حقيقة الدين لان حاصله ايجاب تمليك طائفة من المال شكرا لله تعالى على نعمة الغنى ولذا لا يؤخذ من التركة جبرا للورثة عندنا ولم يخلص كونه له مطالب من العباد عن شبهة عدم ذلك فان المالك المعين يتحقق مطالب من جهة العباد حقيقة بل حقيقة ذلك ان يكون غير المالك مطالبا للمالك فالمالك مطالب بفتح اللام ليس غير ومطالبة الامام ليس لايصال التحقيق الى الملاك بل الى ما يستحقونها لا بطريق الملك بخلاف سائر الديون فانها مملوكات والكفالة بالمال صحيحة عندنا ولو كان المكفول به مجهولا اي مجهول المقدار وبه قال مالك واحمد والشافعي في القديم وقال في الجديد هو وابن ابي ليلى والليث وابن المنذر لا تجوز بالمجهول لانه التزام مال مجهول فلا يجوز فلا بد من تعيينه لوقوع المماكسة في مبادلة المال بالمال ولنا ان الكفالة عقد تبرع كالنذر لا يقصد به سوى ثواب الله ودفع الضيق عن الحبيب فلا يبالي بما التزم في ذلك ويدل على ذلك اقدامه بلا تعيينه للمقدار حين قال ما كان عليه فعلي فكان مبناها على التوسع فتحملت فيها الجهالة ومن اثار التوسع فيها جواز الكفالة بشرط الخيار عشرة ايام بخلاف البيع وما نوقض به من انه لو قال انا ضامن لك ببعض ما لك على فلان فانه لا يصح ممنوع بل يصح عندنا والخيار للضامن ويلزم ان يبين اي مقدار شاء اذا كان دينا صحيحا وهو الذي لا يسقط من الديون الا بالاداء وبالابراء عنه فقط نحو تكفلت عنه بالف مثال المعلوم او بما وجب لك عليه من مال فهذا مثال المجهول او بما يدركك اي يلحقك في هذا البيع هذا يسمى ضمان الدرك وضمان الاستحقاق لانه يتضمن للمشتري رد الثمن اذا استحق المبيع وهذا ايضا مثال المجهول لاحتمال استحقاق الكل او البعض فيضمن الكفيل الكل او البعض واذا كفل بالدرك فاستحق المبيع لم يؤخذ الكفيل حتى يقضى به على البائع وقال ابو يوسف في المنتقى للكفيل بالدرك يأخذ الكفيل بالثمن اذا قضي عليه بالاستحقاق وان كان البائع غائبا وكذا لو علقها بشرط ملائم كشرط وجوب الحق نحو ما بايعت فلانا فعلي ثمنه او ما غصبك فلان او سرقك او ما ذاب اي ما وجب وثبت لك عليه فلان المعنى ان بعته فعلي دركه ذلك البيع اي ان استحق المبيع فعلي فان استحقاقه سبب لوجوب الثمن على البائع للمشتري وكشرط امكان الاستيفاء نحو ان قدم زيد وهو المكفول عنه فان قدومه موصل للاستيفاء عنه وكشرط لتعذر الاستيفاء نحو ان غاب عن البلد او هرب او مات ولم يدع شيئا فكل من الشروط ملائم للكفالة لدلالته على ثبوت الحق وفي الخلاصة نقلا عن الاصل قال للمودع ان اتلف المودع وديعتك او جحدك فانا ضامن لك صح وكذا ان قتلك او ابنك فلان خطاء فانا ضامن للدية صح بخلاف ان اكلك سبع ونحوه مما ليس ملائما كان دخلت الدار او قدم فلان وهو غير مكفول عنه ثم اذا صحت الكفالة في الصورة الاولى فعليه ما يجب بالمبايعة الاولى فلو بايعه مرة بعد مرة لا يلزمه ثمن في المبايعة الثانية ذكره في المجرد عن ابي حنيفة نصا وفي نوادر ابي يوسف برواية ابن سماعة يلزمه كله ولو رجع الكفيل عن الضمان ونهاه عن المبايعة صح حتى لو باع بعد ذلك لم يلزم الكفيل شيء وتقييد بقوله فلانا ليصير المكفول عنه معلوما فان جهالة المكفول عنه تمنع صحة الكفالة وجهالة المكفول له في الاضافة ولو قال ما بايعت من الناس فعلي ضمانه فهو باطل لتفاحش

الجهالة

لجهالة المكفول عنه وبه بخلاف انفراد جهالة المكفول به فانها مع قلته تتحمل والحاصل ان جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة مطلقا وجهالة المكفول عنه في التعليق والاضافة تمنع صحة الكفالة وفي التنجيز لا تمنع مثال ذلك لو قال ما ذاب لك على احد من الناس او ما بايعت احدا فهو علي لا تصح لجهالة المضمون عنه في الاضافة وكذا لو قال ما ذاب لاحد عليك فهو علي لا تصح لجهالة المكفول له ولو قال ما غصبك فلان او سرقك فعلي جاز لانتفائهما ولو قال ما غصبك اهل هذه الدار فانا ضامن لا تصح الكفالة كانه قال ما يجب لك على واحد من الناس فعلي وفيه لا تصح لجهالة المكفول عنه ولو قال من بايع فلان اليوم من بيع فعلي لا يلزم الكفيل شيء لجهالة المكفول له لانه ضمن لواحد من الناس بخلاف ما لو قال لجماعة حاضرين ما بايعتموه فعلي يصح فايهم بايعه لزم الكفيل لانه ضمن لمعينين ومن ثم يجب كونهم اهل الدار في المسئلة قبلها ليسوا معينين معلومين عند المخاطبين والا فلا فرق ومنه ما لو قال لرجلين كفلت لهذا بماله على فلان وهو الف او لهذا بماله عليه فهو باطل لجهالة المكفول له ولو قال لرجل كفلت بما لك على فلان او ما لك على فلان رجل آخر جاز لانها جهالة المكفول عنه في غير تعليق ويكون الخيار للكفيل فان علقها بمجرد الشرط كهبوب الريح ومجيء المطر بطل التعليق وكذا اذا جعل احدهما اي هبوب الريح ومجيء المطر اجلا كان يقول كفلت به او بما لك عليه الى ان تهب الريح او الى ان يجيء المطر بطل التعليق فتصح الكفالة ويجب المال حالا بخلاف ما لو علقها بهما نحو اذا هبت الريح فقد كفلت لك بما لك عليه فان الكفالة باطلة اصلا ولو جعل للاجل الحصاد والدياس والمهرجان او العطاء او صوم النصارى جازت الكفالة والتاجيل كما مر في البيوع والحاصل ان الشرط الغير الملائم لا يصح معه الكفالة اصلا ومع الاجل الغير الملائم تصح حالة ويبطل الاجل وفي الخلاصة كفل بمال على ان يجعل له الطالب جعلا فان لم يكن مشروطا في الكفالة فالشرط باطل وان كان مشروطا فيها فالكفالة باطلة انتهى وهذا يفيد انها تبطل بالشروط الفاسدة اذا كانت في صلبها واذا صحت الكفالة بالمال جاز للطالب وهو المكفول له مطالبة اي شاء من كفيله واصيله وهو قول اكثر اهل العلم وعن مالك لا يطالب الكفيل الا اذا تعذرت مطالبة الاصيل لان الدين واحد فلا يبقى في ذمة الاصيل لئلا يصير الدين الواحد دينين كما في الحوالة ولنا ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وذلك يسوغ مطالبتهما ومطالبة ايهما شاء بخلاف الحوالة لانها تنبئ عن النقل الا اذا شرط في الكفالة براءة الاصيل ثم لا يطالب الاصيل فتكون اي تكون الكفالة حوالة عقدت بلفظ الكفالة تجوزا بها فيها بخلاف المالك المغصوب منه اذا اختار تضمين احد الغاصبين من الغاصب وغاصب الغاصب اذ قضى القاضي عليه بذلك ليس له ان يضمن الآخر لان اختياره تضمين احدهما الى ان قضى عليه يتضمن التمليك منه فيبرأ الآخر بالضرورة بخلاف المطالبة هنا في الكفالة فانها لا تقتضي التمليك ولو قضى عليه ما لم يوجد حقيقة الاستيفاء كما ان الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة لان العبرة بالمعاني ولو طالب احدهما من الكفيل والاصيل جاز له مطالبة الآخر لما عرفت آنفا ان المطالبة بالكفالة لا تتضمن التمليك فان كفل بماله عليه فبرهن على الف او غيرها لزمه لان الثابت بالبينة معاينة فيتحقق به ما عليه فوجب عليه وان لم يبرهن صدق الكفيل فيما اقر به اي في مقدار ما على المكفول عنه مع يمينه لانه منكر للزيادة فان اعترف الاصيل باكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ولكن صدق الاصيل في اقراره باكثر على نفسه خاصة لولايته عليها بخلاف قوله ما ذاب لك على فلان فهو علي او ما ثبت فاقر المطلوب بمال لزم الكفيل لان الثبوت حصل بقوله وكذلك ذاب فانه بمعنى حصل وقد حصل باقراره بخلاف الكفالة بما لك عليه فانها بالدين القائم في الحال وما ذاب ونحوه الكفالة بما سيجب

والوجوب ثبت باقراره بخلاف ما قضى عليه لك لا يلزم الآن يقضى القاضى وكذا لو مثل ما لك ما اقر لك به امس فلو قال المطلوب اقررت له بالف امس لم يلزم الكفيل لانه قبل مالا واجبا عليه لا مالا يجب عليه فى الحال وما يثبت له واجب عليه فان قال ما اقر به فاقر فى الحال يلزمه ولو قامت بينة انه اقر له قبل الكفالة بالمال لم يلزمه لانه لم يقل ما كان اقر لك ولو ابى المطلوب اليمين فالزمه القاضى لم يلزم الكفيل لان النكول ليس باقرار بل بذل وفى الخلاصة رجل قال ما اقر فلان به فهو على فمات الكفيل ثم اقر فلان فالمال لازم فى تركته الضامن وكذا ضمان الدرك يؤخذ من التركة بعد الموت وفيها رجل قال لآخر بايع فلانا فما بايعته من شئ فهو على صح فان قال الطالب بعته متاعا بالف وقبضه منى واقر به المطلوب وجحد الكفيل يؤخذ الكفيل به استحسانا بلا بينة ولو جحد الكفيل والمكفول عنه البيع واقام الطالب بينة على احدهما انه باعه وسلمه لزمهما ولو قال ان لم يعطك فلان مالك عليه فانا ضامن بذلك لا سبيل فيه عليه حتى يتقاضاه فيقول لا اعطيك ولو مات المطلوب قبل ان يتقاضاه لزم الضمان ايضا ولو لم يمت لكنه قال انا اعطيك ان اعطاه مكانا وذهبا الى السوق فاعطاه او قال اذهب الى المنزل حتى اعطيك مالك فاعطاه فهو جائز فان قال ذلك ولم يعطه من يومه لزم الكفيل ولو قال ان تقاضيت فلانا مالك عليه ولم يعطك فانا لمالك عليه ضامن فمات المطلوب قبل ان يتقاضاه بطل الضمان ولو قال ان عجز غريمك عن الاداء فهو على فالعجز يظهر بالحبس ان حبسه ولم يؤد لزم الكفيل وفى فتاوى النسفى رجل كفل لرجل عن رجل بمال على ان يكفل عنه فلان بكذا من المال فلم يكفل فالكفالة لازمة وليس له خيار فى ترك الكفالة وفى مجموع النوازل جماعة طمع الوالى ان يأخذ منهم شيئا بغير حق فاختفى بعضهم وظفر الوالى ببعضهم فقال المختفون الذين وجدهم الوالى لا تطلعوهم علينا وما اصابكم فهو علينا بالحصص فلو اخذ الوالى منهم شيئا فلهم الرجوع قال هذا استقيم على قول من يقول بجواز ضمان الجباية وعلى قول عامة المشايخ لا يصح ولو كفل بماله على ان يعطيه من وديعة المكفول عنه التى عنده جاز اذا امره بذلك وليس له ان يسترد الوديعة منه فان هلكت برئ الكفيل والقول قول الكفيل انها هلكت فلو غصبها رب الوديعة وغيره او استهلكها برئ الكفيل والحوالة على هذا ولو ضمن بالف على ان يعطيه اياه من ثمن هذه الدار فلم يبعها لم يكن على الكفيل ضمان ولا يلزمه بيع الدار الكل من فتح القدير ثم الكفالة تجوز بامر الاصيل وبلا امره فان كفل بلا امره لا يرجع عليه اى لا يرجع الكفيل على الاصيل بما ادى عنه لانه متبرع وان لم يوصل اجازها اى الكفالة المكفول عنه بعد العلم لان كل كفالة تنعقد غير موجبة للرد لا تنقلب موجبة ابدا كذا فى العناية وان كفل بامره رجع الكفيل بما ادى على الاصيل لانه قضى دين غيره بامره وهذا مقيد بامرين احدهما ان يكون المطلوب ممن يصح منه الامر فلو كان صبيا محجورا وامره بكفل فلا رجوع له عليه ولو كان عبدا محجورا فانما يرجع عليه بعد عتقه فلو كان الصبى مأذونا صح امره ويرجع الكفيل عليه لصحة امره بسبب الاعروثانيهما ان يشتمل كلامه على لفظ عنى كان يقول اكفل عنى اضمن عنى لفلان على فلو قال اضمن الالف التى لفلان على لم يرجع عليه عند الاداء لان الكائن مجرد الامر بالضمان والاعطاء فجاز ان يكون القصد ان يرجع وان يكون القصد طلب تبرعه بذلك فلا يلزم المال وهذا قول ابى حنيفة ومحمد بدليل ما فى اشارات الاسرار اذا قال لرجل اضمن لفلان الف درهم او اقضه الف درهم ففعل لم يرجع على الآمر الا اذا كان خليطا او شريكا وقال ابو يوسف يرجع لانه وجد القضاء بناء على الامر اما الخليط فيرجع فيه بالاجماع والخليط هو الذى يعتاد الرجل مداينته والاخذ منه ووضع الدراهم عنده بخلاف ما اذا قال اد عنى زكوة مالى او اطعم عنى عشرة مساكين فادى عنه فانه لا يرجع على الآمر وان ذكر لفظ عنى ما لم يشترط الضمان فيقول على انى ضامن ثم فى الكفالة بالامر

انما يرجع

انما يرجع الكفيل عليه اذا ادى ما ضمنه اما اذا ادى خلافه فيرجع بما ضمن لا بما ادى حتى لو كفل بالجياد وادى الزيوف وتجوز الطالب بها رجع بالجياد ولو كان الدين زيوفا فادى جيادا رجع بالزيوف لان رجوعه بحكم الامر ولم تدخل صفة الجودة فيما اذا كان الدين زيوفا تحت الامر اما الكفيل فانما يرجع بحكم الكفالة وحكمها انه يملك الدين بالاداء فيصير كالطالب بنفسه فيرجع بنفس الدين بان مات الطالب والكفيل وارثه فانما له عينه وكذا اذا وهب الطالب الدين للكفيل او تصدق به عليه فانما يملكه ويطالبه به المكفول بعينه واذا وهب للكفيل الدين لا بد من قبوله الواجب عليه المطالبة وبالابراء يسقط فلا يحتاج الى القبول ولا يرتد بالرد ولو احال المديون رجلا على رجل ليس له عليه دين فقبل الحوالة وادى فانه يملك الدين الذى على المحيل فيرجع به لا بما ادى حتى لو ادى عروضا او دراهم عن الدنانير لا يرجع الا بالدين كالكفيل وكذا لو وهب المحتال الدين للمحال عليه او تصدق به عليه او ورثه المحتال عليه من المحتال بخلاف المأمور باداء الدين فانه يرجع بما ادى لانه لم يجب عليه شئ حتى يملك الدين بالاداء ولا يطالبه اى ليس للكفيل ان يطالب فى الاصيل بالمال قبل الاداء عنه لان الكفيل لا يملكه قبله بخلاف الوكيل بالشراء حيث له ان يرجع على الموكل بالثمن قبل ان يؤديه لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية فان الموكل لا يستفيد الملك الا من قبل الوكيل فكان الوكيل كالبايع ولذا كان له حبس المشترى قبل قبض الثمن كالبايع مع الطالب بالثمن قبل تسليم المبيع قال فى القهستانى لو دفع الكفيل الى المكفول عنه بعد اداء الاصيل غير عالم به لم يرجع عليه كما فى المنية انتهى فان لوزم الكفيل بالمال فله اى للكفيل ملازمته اى المكفول عنه اذا كانت الكفالة توجب الرجوع حتى يخلصه ويقول له اد اليه ولا يقول الى وان حبس الكفيل فله حبسه لانه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله ويبرء الكفيل باداء الاصيل المكفول عنه حقه لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل بالاجماع لان الدين على الاصيل فى الصحيح والكفالة بالدين لحيث سقط لم تبق الكفالة وكذا على غير الصحيح من ان الدين متعدد لان تعدده حكمى فيسقط باداء واحد وان ابراء الطالب الاصيل ويشترط فيه قبول الاصيل او موته قبل القبول والرد فان ذلك يقوم مقام القبول ولو رده ارتد ودين الطالب على حاله ثم اختلف المشايخ ان الدين هل يعود الى الكفيل ام لا قال بعضهم يعود وقال بعضهم لا بخلاف الكفيل فانه اذا ابرأه صح قبل او لم يقبل ولا يرجع على الاصيل ولو كان ابراء الاصيل او هبته او التصدق عليه بعد موته فعند ابى يوسف القبول والرد للورثة فان قبلوا صح وان ردوا ارتد وقال محمد لا يرتد بردهم كما لو ابرأهم فى حال حيوته ثم مات وهذا يختص بالابراء او اخر الدين عنه اى عن الاصيل برئ الكفيل وتأخر عنه لانه تابع له وان ابراء الطالب الكفيل او اخر عنه لا يبرء الاصيل فيبقى عليه المطالبة لئلا يلزم كون الاصل تابعا للفرع وبقاء الدين على الاصيل بدون الكفيل جائز بخلاف العكس فلا يتأخر عنه لان التأخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد فان كفل بالدين الحال مؤجلا الى وقت معين كشهر فانه يتأجل عن الاصيل ايضا لان المكفول له لا حق له حال الكفالة الا فى الدين فليس ذاك حق يقبل التأجيل سواه فكان الاجل الذى يشترطه الكفيل داخلا فيه فبالضرورة يتأجل عن الاصيل اما ههنا وهو ما اذا كانت الكفالة ثابتة قبل التأجيل فبخلافه لانها تقرر حكمها قبل التأجيل انه جواز المطالبة ثم طرأ التأجيل عن الكفيل فينصرف الى ما تقرر عليه الكفالة وهو جواز المطالبة ولو صالح الكفيل الطالب عن الف على مائة فان شرط براءتهما جميعا عن الباقى وهو تسعمائة او شرط براءة المطلوب برئا اى الكفيل والاصيل لانه اضاف الصلح الى الالف الدين وهو على الاصيل فيبرء عن تسعمائة وبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعا عن المائة باداء الكفيل وان شرط براءة الكفيل عن الباقى برئ الكفيل فقط والالف بتمامها على الاصيل ويرجع الكفيل

على الاصيل بها اى بالمائة فقط ان كان كفل بامره اى الاصيل بخلاف ما لو صالحه على مائة على ان يهب له الباقى حيث يرجع الكفيل بالف وان صالح عن الالف بجنس آخر رجع الكفيل بالالف لان الصلح بجنس آخر مبادلة فيملك الدين فيرجع بجميع الالف عندنا خلافا للائمة الثلاثة فان عندهم يرجع بالاقل من الدين ومن قيمة السلعة التى صالح بها وان صالح الكفيل الطالب عن موجب الكفالة برئ هو اى الكفيل دون الاصيل لان الواجب بالكفالة المطالبة والبراءة منها براءة من الكفالة فيبقى حال الطالب على ما كان قبل الكفالة وان قال الطالب للكفيل بالامر برئت الى من المال رجع الكفيل على اصيله بجميع الدين لان لفظ الى لانتهاء الغاية والمتكلم هو الطالب هو المنتهى فى هذا التركيب فلا بد ان يكون له مبتدأ الا الى طلب فافاد التركيب براءة من المال مبتدأ من الكفيل ومنتهاها الطالب وهذا معنى الاقرار من الطالب بالقبض من الكفيل كانه قال دفعت الى فلا يرجع على واحد منهما ويرجع الكفيل على الاصيل ان كان كفل بامره ذا طوله كالكفالة فى هذا وهنا ثلاث مسائل احدها هذه والثانية ما اشار اليه المص بقوله وكذا فى برئت من المال ولم يقل الى فهذا اقرار بالقبض عند ابى يوسف كقوله برئت الى خلافا لمحمد فعنده هو كقوله ابرأتك اثباتا لا دنى وهو براءة الكفيل اذ فى الزائد عليه شك فلا يثبت وفرق محمد بين هذا وبين ما لو كتب فى الصك برئ الكفيل من الدراهم التى كفل بها فانه اقرار بالقبض عندهم جميعا كقوله برئت الى بقضية العرف وابو يوسف يقول هو مثل برئت الى لانه اقرار ببراءة ابتداؤها من المطلوب وهو الكفيل المخاطب وحاصله اثبات البراءة منه على الخصوص مثل قمت وقعدت والبراءة الكائنة منه خاصة كالايفاء بخلاف البراءة بالابراء فانها لا تتحقق بفعل الكفيل بل بفعل الطالب فلا يكون مضافة الى الكفيل والثالثة ما اشار اليه المص بقوله وفى ابرأتك لا يرجع يعنى لو قال ابرأتك من المال لا يكون اقرارا بالقبض حتى كان للطالب ان يأخذ الاصيل به ولو قال للكفيل انت فى حل من المال فهو كقوله ابرأتك لان لفظ الحل يستعمل فى البراءة بالابراء دون البراءة بالرضى وان كان الطالب حاضرا يرجع اليه فى البيان فى الكل قال الوانى شروح الجامع الصغير هذا اذا كان الطالب غائبا فاما اذا كان حاضرا يرجع اليه فى البيان انه قبض اوليس بقبض لان الاصل فى الاجمال ان يرجع فيه الى المجمل فى البيان يعنى يرجع اليه اذا كان حاضرا لازالة الاحتمالات خصوصا اذا كان العرف من ذلك اللفظ مشتركا منهم من يتكلم ويذكر ما ذكر من القبض ومنهم من يقصد الابراء ولا يصح تعليق البراءة عن الكفالة بالشرط المتعارف مثل ان عجلت لى البعض او دفعت لى البعض فقد ابرأتك عن الكفالة اما غير المتعارف فلا يجوز كما لا يجوز تعليق الكفالة به كساير البراءات اى مثل تعليق باقى البراءات عما يتعلق به فبطل لو قال ان جاء زيد فانا برئ من ثمن هذا البيع او من مهر كذا او غيره والمختار الفقيه لان المنع لمعنى التمليك وذلك يتحقق بالنسبة الى المطلوب اما الكفيل فلم يتحقق عليه المطالبة وكان ابراؤه اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد بالرد من الكفيل بخلاف الاصيل لا يصح تعليقه لان فيه معنى تمليك المال ولا تجوز الكفالة بما تعذر استيفاؤه من الكفيل كالحدود اى لا تجوز الكفالة بنفس حد القذف والسرقة والزنا والشرب ولا بنفس القصاص لان النيابة لا تجرى فى العقوبات فلا يقتل الكفيل بدلا من المكفول عنه ولا يضرب ولا بالاعيان المضمونة على الاصيل بغيرها كالمبيع قبل القبض فلو تكفل عن البايع بالمبيع لم يصح لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن بخلاف ما اذا تكفل عن المشترى بالثمن فانه يجوز لانه دين كساير الديون والمرهون فانه مضمون بالدين ولا بالامانات كالوديعة والمستعار والمستأجر فى يد المستأجر ومال المضاربة ومال

الشركة

الشركة اما الوديعة ومال المضاربة والشركة فلا تصح الكفالة بها اصلا بناء على انها غير واجبة التسليم على الاصيل فلا يجب على الكفيل تسليمها بخلاف المستعار فان تسليمه واجب فصح التكفيل بتسليمها وكذا باقى الاعيان المضمونة بغيرها والاعيان المضمونة بنفسها كما سيأتى تصح بالتسليم ولا تصح الكفالة بها على معنى انه بعينه يجب على الكفيل فان هلك فعليه بدله لان هذا القدر لا يجب على الاصيل بل هلاك المبيع انما يسقط الثمن والرهن يسقط من الدين بقدره والباقى ظاهر فلا يجب على الكفيل وعلى معنى الكفالة بتسليم العين يصح كما ذكرنا فمتى هلك لا شئ على الكفيل وفائدته الزام احضار العين وتسليمها ولو عجز بان مات العبد المبيع والمستأجر او الرهن انفسخت الكفالة على وزان الكفالة بالنفس سواء وذكر شمس الائمة السرخسى ان الكفالة بتسليم العارية باطلة فقد نص فى الجامع الصغير ان الكفالة بتسليم العارية صحيحة وكذا فى المبسوط ونص القدورى انها بتسليم المبيع جائزة ونص فى التحفة على جميع ما اوردناه ان الكفالة صحيحة ثم قال ابن الهمام والوجه عندى ان لا فرق بين الوديعة ومال المضاربة والشركة وبين العارية وجامعها من الامانات اذ لا شك فى وجوب الرد عند الطلب فان قال الواجب التخلية بينه وبينها لا ردها اليه فنقول فليكن مثل هذا الواجب على الكفيل وهو ان يحصلها ويخلى بينه وبينها بعد احضاره اليها ونحن نفتى بوجوب الرد ما هو اعم من هذا ومن حمل المردود اليه قال فى الذخيرة الكفالة بتمكين المودع من الاخذ صحيحة ولا بدين غير صحيح كبدل الكتابة وكذا لا تجوز بمال آخر للسيد على المكاتب لان عقد الكتابة تثبت مع المنافى وهو عبدية للسيد المكاتب لانه عبد ما بقى عليه درهم وذلك يقتضى نفى الدين للسيد على عبده فانما يثبت على خلاف القياس بالنص لتحقيق العتق فيقتصر عليه فلا يظهر فى حق صحة الكفالة واما الكفالة للكفالة بدين له على السيد ليس من جنس بدل الكتابة فجائزة حر كفل به اى ببدل الكتابة او عبد ذكره دفعا لتوهم ان كفالة العبد به ينبغى ان تصح لانه يجوز ثبوت مثل هذا الدين عليه لانه محل الكتابة وكذا بدل السعاية عند الامام لان المستسعى عنده كالمكاتب وعندهما حر مديون كما مر فى بابه ولا بالحمل على دابة مستأجرة معينة لان الواجب على الآجر فعل تسليم الدابة دون الحمل فلم تكن الكفالة بالحمل كفالة مضمونة على الاصيل فلم تجز ثم لو اعطى الكفيل دابة من عنده لا يستحق الاجرة لانه اتى بغير المعقود عليه كما لو حمله الموجر على دابة اخرى لا يستحق الاجر او بخدمة عبد مستأجر لها معين لما ذكر فى الدابة ولو كفل بنفس العبد المستأجر فهو صحيح فلو هلك لا شئ على الكفيل ولو ضمن لامرأة عن زوجها بنفقة كل شهر جاز وليس له الرجوع عن الضمان فى رأس كل شهر ولو ضمن اجرة كل شهر فى الاجارة فله ان يرجع فى رأس الشهر ذكره فى الاختيار بخلاف غير المعين اذ ليس الواجب على الآجر تسليم المعينة بل الحمل مطلقا فكانت الكفالة بالحمل كفالة بشئ مضمون على الاصيل فجازت والكفيل يقدر عليه بان يحمله على دابة نفسه لا عن ميت مفلس ولو كفل عنه ثم ظهر له مال صح بالكفالة بقدره ذكره فى القنية خلافا لهما وللائمة الثلاثة واكثر اهل العلم فعندهم تصح لانه تكفل بدين ثابت لعموم قوله عم الزعيم غارم ولما روى انه عم اتى بجنازة انصارى فقال هل على صاحبكم دين قالوا نعم درهمان فقال صلوا على صاحبكم فقام ابو قتادة وقال هما على فصلى عم فلو لم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه بعد الكفالة ولان الدين وجب فى حيوته لحق الطالب وهو باق ولم يوجد المسقط وهو الاداء او الابراء او انفساخ سبب وجوبه ولم يتحقق بالموت شئ من ذلك ويدل على بقائه كونه يطالب به فى الآخرة وانه لو تبرع به انسان جاز اخذ الطالب منه ولو سقط بالموت ما حل له اخذه وانه لو كان به كفيل قبل موته

بقيت الكفالة ولو بطل الدين بطلت الكفالة لسقوطه عن الكفيل بسقوطه عن الاصيل ولابي حنيفة انه كفل بدين ساقط
في حكم الدنيا مطلقا والكفالة من احكام الدنيا لانها توثق ليؤاخذ فيها لا في الاخرة فلا يتصور لها وجود بلا دين كذلك
ولان الدين فعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب والموصوف بالاحكام الافعال لكنه في الحكم مال لانه يؤول اليه في
المال وقد عجز عنه بنفسه وبخلفه وهو الكفيل الكائن قبل سقوطه فيسقط في احكام الدنيا ضرورة والتبرع لا يعتمد
قيام الدين ولو كان بقيد الاضافة الى التبرع بالدين وهو الحق فانما يعتمد قيامه بالنسبة الى من عليه دون من له
والكفالة نسبة بين المكفول له والاصيل لانه التزام ما على الاصيل للمكفول له ولو كان به كفيل لم يعجز بخلفه فلم
يسقط الدين بموته بخلاف الكفالة بعد موته فانها كفالة بعد السقوط ولو كان له مال فالافضاء الى الاداء باق
فلم يسقط الدين فصحت الكفالة عن الميت الملي واما حديث ابي قتادة فليس فيه صريح انه الكفالة بل يحتمل قوله بها
على كلا من انشائها والاخبار بها على حد سواء ولا عموم لواقعة الحال فلا يستدل به على خصوص محل النزاع ويحتمل
الوعد بها وان كان مرجوحا وامتناعه عن الصلوة عليه ليظهر طريق ايفائها لا يفيد طريق الكفالة فلما ظهر بوعدها
او بالاقرار بالكفالة بها حصل المقصود فصلى عليه ولا بلا قبول الطالب في المجلس عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
تجوز الكفالة مع غيبته اي الطالب ولو بغيبة المكفول به او المكفول عنه تصح اتفاقا ذكره في الحقائق اذا بلغه الخبر
لكن للكفيل ان يخرج عن الكفالة قبل اجازته فاجازه ولم يشترط في بعض نسخ الاصل عن كفالة ابي يوسف الاجازة
بل انه نافذ ان كان المكفول له غائبا وهو الاظهر فالحاصل ان عنه روايتين والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا
وجه رواية النفاذ انه التزام فيستبد الملتزم ولا يتعدى له ضرر في المكفول له لان حكمه لا يوجب عليه شيئا لانه مختار
في المطالبة لا ملزوم فان رأى مطالبته طالبه والا فلا ووجه التوقف ما ذكر في الفضولي في النكاح وهو ان شرط العقد
يتوقف حتى اذا عقد فضولي لامرأة على آخر توقف على الاجازة كما اذا كان عقدا تاما بان خاطب عنه فضولي
وعندهما لا يتوقف الا اذا خاطب عنه فضولي آخر فلا يتوقف عندهما الا العقد التام ولهما ان فيه معنى التمليك
وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود شطر العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس فان قال المريض لوارثه
تكفل عني بما علي من الدين فكفل مع غيبة الغرماء جاز استحسانا فللغرماء مطالبته اتفاقا فان في هذه المسئلة
صحت من غير قبوله في المجلس ولا قبول فضولي عنه ذكر في الهداية للاستحسان وجهين احدهما ان قوله تكفل عني
وصية اي فيه معنى الوصية اذ لو كان حقيقة الوصية لم يفترق الحال بين حال الصحة والمرض في ذلك وقد ذكر في المبسوط
ان ذلك لا يصح منه في حال الصحة واذا كان بمعنى الوصية فكانه قال لهم اقضوا ديوني فقالوا نعم اذ قالوا تكفلنا به
فلذا قال المشايخ انما يتم ذلك اذا كان له مال فان لم يكن له مال لا تؤخذ الورثة بديونه ولو كان حقيقة الكفالة
لاخذوا بها حيث تكفلوا وثانيهما ما ذكر في المبسوط وهو ان حق الغرماء يتعلق بتركته في مرض موته
لا بذمته لضعفها بمرض الموت ولذا امتنع تصرفه في ماله كيف شاء واختار فترك نائبا عن الغرماء المكفول
لهم في ذلك من المصلحة بتفريغ ذمته وفيه نفع للطالب المكفول له كما اذا حضر بنفسه وانما يصح بهذا اللفظ ولا
يشترط القبول بعد قول الوارث تكفلت لان قوله تكفل لا يراد به المساومة بل يراد به التحقيق لان حالة
الموت ظاهرة في الدلالة على قصده الى تحقيق الكفالة لتخليص نفسه لا على المساومة بها فصار الامر بها كالامر
بالنكاح فيما لو قال زوجني بنتك فقال زوجتها انعقد وان لم يقل قبلت ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف
فيه المشايخ منهم من قال لا يجوز لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه بلا التزام فكان المريض في حق الاجنبي

والصحيح

والصحيح سواء ومنهم من قال يصح من الاجنبي وينزل المريض منزلة الطالب لحاجته بتفريغ الحال عليه كما ذكرنا
في الوارث وهو اوجه وتجوز الكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها عندنا خلافا للشافعي كالمقبوض على سوم الشراء
والمغصوب والمبيع بيعا فاسدا فيجب على الكفيل ما يجب على الاصيل وهو دفع العين فان عجز وجبت قيمته او
مثله على الكفيل وفي المبسوط ادعى عبدا في يد رجل فلم يقدمه الى القاضي واخذ منه كفيلا بنفسه وبالعبد فمات
العبد في يد المطلوب واقام المدعي البينة ان العبد عبده يقضي القاضي بقيمته على المطلوب وان شاء على الكفيل
لان بالبينة ظهر ان العبد كان مغصوبا والكفالة بالعين المغصوبة توجب على الكفيل اداء القيمة عند تعذر
العين كما ان الواجب على الاصيل كذلك والقول قول الكفيل في قيمته لانكاره الزيادة كالاصيل اعني الغاصب — ولو اقر الاصيل
باكثر لزمه الفضل ولا يصدق على الكفيل وفي المبسوط كفل بالرهن وفيه فضل على الدين فهلك عند المرتهن ليس على
الكفيل شيء لان الزيادة على مقدار الدين من الرهن امانة في يد المرتهن ولا يضمن الكفيل شيئا من ذلك بالكفالة
ولو ضمن لصاحب الدين ما نقص الرهن من دينه وكانت قيمة الرهن تسعمائة والدين الفا مثلا ضمن الكفيل
مائة لانه التزم بالكفالة دينا مضمونا في ذمة الاصيل ولو استعار الراهن المرهون من المرتهن على ان اعطاه كفيلا به
فهلك عند الراهن لم يلزم الكفيل شيء لانه لا ضمان للمرتهن على الاصيل بسبب هذا القبض فلا يضمن الكفيل ايضا
ولو كان الراهن اخذه بغير رضى المرتهن جاز ضمان الكفيل واخذ به لان الراهن ضامن مالية العين هنا الا ترى
انه لو هلك في يده ضمن قيمته للمرتهن فيكون هذا بمنزلة الكفالة بالمغصوب وبتسليم المبيع الى المشتري والمرهون
الى الراهن والمستأجر الى المستأجر وبالثمن اي بتسليم الثمن الى البائع وقد مر فيما سبق وجه لكل **فصل**
ولو دفع الاصيل اي عجل باداء المال وهو مما يتعين الى الكفيل بامره قبل دفع الكفيل ما كفل به الى الطالب لا يسترده
منه عندنا وكذا عند الشافعي في وجه واما في وجه آخر فله ان يرجع وهو قول مالك واحمد بناء على انه امانة
عنده لم يقبضه الاصيل ونحن نبين انه يملكه بالقبض وانما الامانة فيما اذا كان دفعه الى الكفيل على وجه الرسالة
الى الطالب فانه يتمحض امانة في يده فصار ذلك كمن عجل زكوته ودفعها الى الساعي فلا يرجع وما ربح فيه
اي فيما ادى الاصيل اليه الكفيل فله اي للكفيل ولا يتصدق به اي بالربح لانه ملكه حين قبضه اما اذا قضى
الدين فظاهر وكذا لو قضى المطلوب بنفسه الدين ولم يقبض الكفيل وثبت للمطلوب الاسترداد بما دفع
للكفيل وانما حكمنا بثبوت ملك الكفيل اذا قضى الاصيل بنفسه لان الكفيل وجب له بمجرد الكفالة على الاصيل
مثل ما وجب للطالب على الكفيل وهو المطالبة لكن اخر مطالبة الكفيل الى ادائه فنزل ما للكفيل على الاصيل
بمنزلة الدين المؤجل ولو عجل المديون الدين المؤجل ملكه الدائن بقبضه فكذا هذا ولهذا لو ابراء الكفيل الاصيل
قبل اداء الاصيل بعد ذلك تصح وجاز اخذ الكفيل من الاصيل رهنا به قبل ادائه فلذا اذا قبضه ملكه فرده اي
الربح الى المطلوب احب ان كان المدفوع شيئا يتعين كالبر خلافا لهما فانهما لا يرده وهو رواية كتاب البيوع
من الاصل عن ابي حنيفة لانه ربح في ملكه فيسلم له ولابي حنيفة في رواية الجامع الصغير عنه انه تمكن الخبث مع الملك
اما القصور ملكه بسبب ان الاصيل بسبيل من استرداده بان يقضي هو الطالب فينتقض ملك الكفيل
فيما قبض ولانه انما رضي بملك الكفيل فيه على اعتبار قضاء الكفيل فاذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به ولو امر
الاصيل كفيله بامره ان يتعين عليه ثوبا اي ان يشتري له ثوبا بطريق العينة وهو ان يشتري له ثوبا
بثمن هو اكثر من قيمته ليبيعه باقل من ذلك الثمن لغير البائع ثم يشتريه البائع من ذلك الغير بالاقل الذي اشتراه

[illegible]

به ويدفع ذلك الاقل الى بايعه فيدفعه بايعه الى المشترى المديون فيسلم الثوب للبايع كما كان ويستفيد
الزيادة على ذلك الاقل وانما وسط الثانى تحرزا عن شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن واما تفسيره بان
يستقرض فيابى المقرض الا ان يبيعك عينا تساوى عشرة مثلا فى السوق باثنى عشر فيفعل ويربح البايع
درهمين رغبة عن القرض المندوب الى البخل وتحصيل غرضه من الربوا بطريق المواضعة فى البيع فلا يصح هنا
اذ ليس المراد من قوله يتعين عليه ثوبا اذهب فاستقرض فان لم يرض المسئول ان يقرضك فاشتر منه
الثوب باكثر من قيمته بل المقصود اذهب فاشتر على هذا الوجه ففعل الكفيل ذلك كان مشتريا لنفسه والثوب
للكفيل والربح يعنى الزيادة التى تحسر عليه لان هذه العبارة حاصلها ضمان لما يخسر المشترى نظرا الى قوله على
كانه امر بالشراء لنفسه فما خسر فعلى وضمان الخسران باطل لان الضمان لا يكون الا بمضمون والخسران غير مضمون
على احد حتى لو قال لبايع فى السوق على ان كل خسران يلحقك فعلى وقال المشترى العبدان ابق عبدك هذا
فعلى لم يصح وقيل هو توكيل فاسد ومعنى على منصرف الى الثمن فانه اذا قال الثمن على يكون البيع له فاغنى
عن قوله لى فهو توكيل لكنه فاسد لانه غير معين مقداره ولا ثمنه فلا تصح الوكالة كما لو قال اشتر لى حنطة
ولم يبين مقدارها ولا ثمنها ولو فرضنا ان الثمن معلوم بينهما وهو قدر ما يقع به الايفاء كان الحاصل اشتر لى
ثوبا يكون ثمنه الذى يبيعه به فى السوق قدر الدين الذى علينا وهو العين قدر ثمن الثوب الموكل بشرائه
بل ما يباع به بعد شرائه لان الزائد على القدر الذى يقع به الايفاء غير معلوم وكيف ما كان يعد توكيلا فاسدا
او ضمانا باطلا يكون الشراء للمشترى وهو الكفيل والربح عليه لانه العاقد ومن صور العينة ان يقرضه مثلا خمسة
عشر ثم يبيعه ثوبا يساوى عشرة بخمسة عشر ويأخذ الخمسة عشر القرض منه فلم يخرج منه الا عشرة وثبت له خمسة عشر
ومنها ان يبيع متاعه بالفين من المستقرض الى اجل ثم يبعثه متوسطا يشترى به لنفسه بالف حالة ويقبضه
ثم يبيعه من البايع الاول بالف ثم يحيل المتوسط بايعه على البايع الاول بالثمن الذى عليه وهو الف حالة و
فيدفعها الى المستقرض ويأخذ منه الالفين عند الحلول قالوا وهذا البيع مكروه لقوله عم اذا تبايعتم بالعين
واتبعتم اذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم والمراد باتباع اذناب البقر الحرث للزراعة لانهم حينئذ يتركون
الجهاد وتألف النفس الجبن وقال ابو يوسف لا يكره هذا البيع لانه فعله كثير من الصحابة وحمدوا ذلك ولم يعدوه
من الربوا حتى لو باع كاغذة بالف يجوز ولا يكره وقال محمد هذا البيع فى قلبى كامثال الجبال ذميم اخترعه اكلة
الربوا وقد ذمهم رسول الله عم فقال اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم اى
اشتغلتم بالحرث عن الجهاد وفى رواية سلط عليكم شراركم فيدعوا خياركم فلا يستجاب لكم وقيل اياكم والعينة
فانها لعينة ثم ذم البياعات الكائنة الآن اشد من بيع العينة حتى قال مشايخ بلخ منهم محمد بن سلمة بيع الثلج
ان العينة التى جاءت فى الحديث خير من بياعاتكم وهو صحيح فكثير من البياعات كالزيت والعسل والشيرج وغير ذلك
استقر الحال فيها على وزنها مظروفة ثم اسقاط مقدار معين على الظرف وبه يصير البيع فاسدا ولا شك
ان البيع الفاسد بحكم الغصب المحرم فاين هو من بيع العينة الصحيح المختلف فى كراهته ثم الذى فى قلبى ان
ان ما يخرجها الواقع ان فعلت صورة يعود فيها اليه هو او بعضه فهو مكروه كعود الثوب فى الصورة
الاولى وكعود العشرة فى صورة اقراض الخمسة عشر والا فلا كراهة الا خلاف الاولى على بعض الاحتمالات
كان يحتاج المديون فيابى المسئول ان يقرض بل ان يبيع ما يساوى عشرة بخمسة عشر الى اجل فيشتريه

المديون ويبيعه فى السوق بعشرة حالة ولا بأس فى هذا فان الاجل قابله قسط من الثمن والقرض غير واجب عليه
دائما بل هو مندوب فان تركه لمجرد رغبة عنه الى زيادة الدنيا فمكروه او لعارض يعذر به فلا وانما يعرف ذلك
خصوصيات المواد وما لم يرجع اليه العين التى خرجت منه لا يسمى بيع العينة لانه من العين المسترجعة
لا العين مطلقا والا فكل بيع بيع العينة ومن كفل لآخر بما ذاب له على غريمه او بما قضى له عليه فغاب
الغريم وهو المكفول عنه فبرهن الطالب على الكفيل بان له على الغريم الفا لا تقبل اى لا يقبل القاضى هذه
البينة ولا يقضى بها لانه قضى على غايب لم ينتصب عنه خصما اذ الكفيل فى هذه الصورة لا يكون خصما
عنه لانه انما كفل عنه بمال مقضى به بعد الكفالة لانه وان كان ماضيا فالمراد به المستقبل كقولهم اطال الله
بقاءك وهذا لانه جعل الذوب شرطا والشرط لا بد من كونه مستقبلا على خطر الوجود فما لم يوجد الذوب
بعد الكفالة لا يكون كفيلا والدعوى مطلق غير ذلك والبينة لم تشهد بقضاء مال وجب بعد الكفالة فلم يكن
كفيلا فلم تقم على من اتصف بكونه كفيلا عن الغائب بل على اجنبى اذ لا ينتصب خصما وهذا فى لفظ القضاء ظاهر
وكذا فى الآخرى وهو لفظ ذاب لان معنى ذاب تقرر ووجب وهو بالقضاء بعد الكفالة حتى لو ادعى انى قدمت
الغائب الى قاضى كذا واقمت عليه بينة بكذا بعد الكفالة وقضى عليه واقام البينة على ذلك صار كفيلا وصحت
الدعوى الا انه اذا كان بغير امره يكون القضاء على الكفيل خاصة وهذا معنى قوله ولو برهن ان له على زيد
الفا وهذا كفيله بامره قضى به عليهما ولو بلا امره قضى على الكفيل فقط اى فى الجامع وقال يعقوب ومحمد واذا كفل رجل
عن رجل بمال مؤجل بامر المكفول عنه فغاب المكفول عنه فجاء الطالب بالكفيل فاقام عليه بينة ان له على فلان
كذا وان هذا كفل له بامر فلان عن فلان فان القاضى يشهادتهم بالمال على هذا وعلى المكفول عنه الغائب فان
كانت الكفالة بغير امر الغائب قضيت بالمال على الكفيل ولم يكن الكفيل خصما على الغائب انتهى يعنى فلا يقع القضاء
على الاصيل وانما خص قولهما بالذكر لانه لم يحفظ عن ابى حنيفة نصا لا ان فى المسئلة اختلافا وانما قبلت هذه البينة
ولم تقبل فيما قبلها لان المكفول به ههنا مال مطلق ودعوى المدعى مطلقة ايضا فصحت فقبلت البينة لانها بناء
على صحة الدعوى بخلاف ما قبلها لان المكفول به هناك مال مقيد بكون وجوبه بعد الكفالة وان كان مقيدا
بخصوص كيته ولم يطابقها دعوى المدعى ولا البينة وانما اختلف القضاء بالامر وعدمه حتى يقع القضاء عليهما فى الاول
فيرجع الكفيل ولو حضر الغائب لا يحتاج بلا اقامة البينة عليه بالمال لانه قد قضى عليه به وعلى الكفيل وحده اذا
لم يكن امر فلا يرجع لان الكفالة بالامر وبغير الامر متغايران لان الكفالة بالامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء
وبغير الامر تبرع ابتداء وانتهاء فبدعواه احدهما وهو مجرد التبرع ابتداء وانتهاء لا يقضى له بالآخر وهو المعاوضة
ليثبت له الرجوع ويكون الغائب مقضيا عليه واذا قضى بالبينة يثبت امر المكفول عنه وامره يتضمن اقرار
الاصيل بالمال اذ لا يأمر غيره بقضاء ما عليه الا وهو معترف بان عليه للمقضى له دينا فيصير مقضيا عليه بخلاف
الكفالة بغير امره فانها لا تمس جانب الاصيل واعلم ان المذهب عندنا ان القضاء على الغائب لا يجوز الا اذا
ادعى على الحاضر حقا لا يتوصل اليه الا باثباته على الغائب قال مشايخنا وهذا طريق من اراد اثبات الدين على الغائب
من غير ان يكون بين الكفيل والغائب اتصال وكذا اذا خاف الطالب موت الشهود يتواضع مع رجل ويدعى
عليه مثل هذه الكفالة فيقر الرجل بالكفالة وينكر الدين فيقيم المدعى البينة على الدين فيقضى به على الكفيل وعلى الاصيل ثم
يبرئ الكفيل وان كانت مقيدة فان كانت بامر المكفول عنه كان القضاء على الكفيل قضاء على الاصيل وان كان

بغير امره لا يكون القضاء على الكفيل قضاء على الاصيل ثم في فصلي المطلقة والمقيدة للكفيل الرجوع على الاصيل ان كانت بامره
بغير امره وكذا الحوالة على هذه الوجوه وكذا كل من ادعى حقا لا يثبت على المدعى عليه الا بالقضاء على الغائب يكون الحاضر خصما
عن الغائب وضمان الدرك للمشتري عند البيع قد عرفت ان ضمان الدرك هو قبول الثمن عند استحقاق
المبيع تسليم اي تصديق من الكفيل ان المبيع ملك البائع ولهذا يبطل دعوى الضامن المبيع لنفسه بعد ذلك اذ
لو صحت رجع المشتري بالثمن على الكفيل بحكم الكفالة فلا يفيد وايضا الكفالة ان كانت مشروطة في البيع بان
باع بشرط ان يكفل له فتمام البيع بقبول الكفيل ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم به ولهذا يبطل شفعته لو كان
الكفيل شفيعا وان لم يكن عقد الكفالة مشروطا فيه فالمراد بها احكام البيع وترغيب المشتري فيه اذ لا يرغب
فيه الا بالكفالة تسكينا لقلبه فنزل عقد الكفالة منزلة الاقرار بملك البائع والا كان تغريرا فلا يصح دعواه اياه اصلا
بعد ذلك هكذا اذا كفل واما اذا لم يكفل ولكن شهد على البيع ثم ادعاه بعد شهادته ان كان رسم مكتوبا على
الصك وفي الصك ما يفيد الاعتراف بملك البائع مثل باع فلان بن فلان جميع الدار او الجارية في ملكه وبيعا باتا
نافذا ثم كتب شهد بذلك فكذلك لا تسمع دعواه لها وهذا معنى قوله وكذا لو كتب شهادته وختم على صك
كتب باع ملكه او باع بيعا باتا قوله وختم هو امر كان في زمانهم اذا كتب اسمه في الصك جعل اسمه تحت رصاص
مكتوبا ووضع عليه نقش خاتم كيلا يتطرق التبديل وليس هذا في زماننا وان لم يفد ذلك مثل ان يكتب في الصك
باع فلان بن فلان جميع الدار واقر بالبيع بحضرتي والشراء ثم كتب شهدت بذلك او كتب جرى ذلك لا يمتنع دعواه
فيها فلعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة لتبقى بعد ذلك في تثبيت البينة واشار اليه بقوله بخلاف ما لو كتبها على
اقرار العاقدين فانه لا يكون تسليما اذ لا يتعلق به حكم وانما هو مجرد اخبار ولو اخبر بان فلانا باع شيئا كان له
ان يدعيه وضمان الوكيل بالبيع الثمن للموكل باطل يعني باع ثوبا هو لرجل بطريق الوكالة عنه في بيعه وضمن الوكيل
للرجل المالك الثمن وكذا ضمان المضارب الثمن لرب المال باطل لان الكفالة وهي الضمان التزام المطالبة
والمطالبة الى الوكيل والمضارب فيصير كل منهما ضامنا لنفسه فيصير مطالبا مطالبا وهذا لان حقوق العقد ترجع اليهما
فيصير كل منهما ضامنا لنفسه حتى لو حلف المشتري ما للموكل عليه دين بر ولو حلف ما للموكل شيء حنث بخلاف الوكيل
بالنكاح عن المرأة حيث يصح ضمانه المهر لها عن الزوج لانه سفير لا يرجع اليه حقوق العقد فليس له المطالبة بالمهر على
ما سلف فلا يصير ضامنا لنفسه وضمان احد الشريكين حصة شريكه من ثمن ما باعاه صفقة واحدة لانه لو
صح الضمان مع الشركة بان ضمن نصف الثمن مطلقا يصير ضامنا لنفسه لان كل جزء من الثمن مشترك
بينهما فما يستوفي بنصيب احدهما فللآخر ان يشاركه فيما يؤديه الضامن للشريك يكون بينه وبين
المضمون له فكان له الرجوع بنصفه على الشريك فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع الرجوع فيه فيصير
كانه ما ادى الا الباقي فكان للضامن ان يرجع بنصف الباقي ثم وثم الى ان لا يبقى او يبقى الجزء
الذي لا يتجزى فظهر لزوم البطلان من حيث صح ولو كان ضمن نصيب شريكه خاصة يؤدي الى قسمة الدين
قبل قبضه وهو لا يجوز لانه في الذمة لا يقبل القسمة لانها افراز ولا يمكن الا في عين خارجية والدين وصف
اعتباري وصح لو بصفقتين يعني لو باع الشريكان العبد صفقتين بان باع هذا نصيبه على حدته
وهذا كذلك من ذلك المشتري ثم ضمن احدهما للآخر نصيبه او باعا معا وسميا لكل نصيب ثمنا ثم ضمن احدهما
صح الضمان لانه لا شركة بينهما بحكم الشرع بذلك ولذا لو قبل المشتري في نصيب احدهما فيما اذا باعا معا

دون

٣٧١

دون الآخر صح ولو قبل الكل ثم نقد حصة احدهما ملك قبض نصيبه على الخصوص قال الامام فاضيخان ولو تبرع
الشريك بالاداء في هذه الفصول من غير ضمان جاز تبرعه لان التبرع لا يتم الا بالاداء وعند الاداء يصير مسقطا
حقه في المشاركة فيصح وجواز التبرع لا يدل على جواز الكفالة لان التبرع اسرع جوازا من الكفالة الا ترى انه يجوز التبرع
ببدل الكتابة ولا يجوز الكفالة به وضمان الدرك والخراج والقسمة صحيح اما ضمان الدرك والخراج فقد سبق وجههما
بخلاف الزكوة لانها مجرد فعل هو تمليك طائفة من ماله بمقدرة لا دين ثابت في الذمة لان الدين اسم لمال واجب
في الذمة يكون بدلا عن مال اهلكه او قرض اقترضه او مبيع عقد بيعها ومنفعة عقد عليها من بضع امرأة وهو المهر
او استيجار عين والزكوة ليس كذلك بل ايجاب اخراج المال ابتداء بدلا من مال نفسه فليس بدين حقيقي
ولو وجبت في نصاب مستهلك وانما له شبه بالدين في بعض الاحكام على ما قدمنا بخلاف الخراج لانه مال
يجب في مقابلة الذب عن حوزة الدين وحفظه وكان كالاجرة وقد قيدت الكفالة بما اذا كان خراجا موظفا
لا خراج مقاسمة وهو ما يجب فيما يخرج فانه غير واجب في الذمة واما القسمة فقيل هي النوائب بعينها وصحته
منها اذا قسمها الامام وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة والمراد من النوائب التي تأتي ما هو منها غير راتب فتغاير
ثم من اصحابنا من قال الافضل للانسان ان يساوي اهل محلته في اعطاء النائبة قال شمس الائمة هذا كان
في ذلك الزمان لانه اعانة على الحاجة والجهاد اما في زماننا فاكثر النوائب تؤخذ ظلما ومن تمكن دفع الظلم
عن نفسه فهو خير له وان اراد الاعطاء فليعط من هو عاجز عن دفع الظلم عن نفسه لفقر ليستعين به الفقير
على الظلم وينال المعطي الثواب وكذا ضمان النوائب سواء كانت بحق ككري النهر المشترك للعامة واجرة
الحارس للمحلة والموظف لتجهيز الجيش في حق وفداء الاسارى اذا لم يكن في بيت المال شيء وغيرها مما هو حق
فان الكفالة بها جائزة بالاتفاق لانها واجبة على كل مسلم موسر بايجاب طاعة ولي الامر فيما فيه مصلحة المسلمين
ولم يلزم بيت المال او لزمه ولا شيء فيه او بغير حق كالجبايات الموظفة على الناس في زماننا فاختلف المشايخ
في صحة الكفالة بها فقيل تصح اذ العبرة في صحة الكفالة وجود المطالبة اما بحق او بباطل ولهذا قلنا ان من تولى قسمتها
بين المسلمين فعدل فهو مأجور ويفتي بصحتها ويمكن بمنعها بناء على انها المطالبة بالدين او معناه او مطلقا
وممن يميل الى الصحة الامام فخر الاسلام البزدوي واما اخوه صدر الاسلام فابى صحة الكفالة بها وضمان العهدة
باطل يعني من اشترى عبدا مثلا وضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل لان هذه اللفظة مشتبهة المراد
فانها تقال للصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقال الشيخ ابو بكر الرازي هو كتاب الشراء وهو للمشتري
فهو بمنزلة من ضمن لرجل ملكه وتقال لنفس العقد وتقال على حقوق الناس لانها ثمراته وعلى خيار الشرط ومنه في
الحديث عهدة الرقيق ثلاثة ايام اي خيار الشرط فيه واذا تعددت المفاهيم تعذر العمل بها قبل البيان بخلاف
ضمان الدرك فانه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا فلا تعذر وكذا ضمان الخلاص عنده باطل لانه عبارة
عن تخليص المبيع وتسليمه وهو غير قادر عليه خلافا لهما فعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع ان قدر
عليه او تسليم قيمته ثم الخلاف فيما اذا ذكر ضمان الخلاص مطلقا اما اذا قال خلاص المبيع او رد الثمن او اراد ذلك
واتفقا على ارادته فيجوز بالاجماع ولو قال الكفيل ضمنته الى شهر وقال الطالب بل حالا فالقول للكفيل لانه
اقر له بثبوت حق بعد شهر دينا كان او مطالبة والمقر له يدعيه في الحال وهو ينكر فكان القول قوله وفي الاقرار
يعني اذا اقر بالدين المؤجل نصدقه المقر له في الدين وكذبه في الاجل يكون القول للمقر له لان المقر اقر بالدين

ثم ادعى حقا لنفسه وهو الاجل فلا يقبل قوله بلا بينة ولا يؤخذ ضمان الدرك ان استحق المبيع ما لم يقض بثمنه
على بايعه لان بمجرد الاستحقاق او القضاء به وبالمبيع لا ينفسخ البيع على ظاهر الرواية وفي رواية الامالي عن ابي يوسف
انه يأخذ الكفيل قبل ان يقضى على البائع بالثمن لان الضمان توجه على البائع ووجب للمشتري مطالبته فكذلك
على الكفيل وجه الظاهر ما ذكر من ان بمجرد الاستحقاق لا ينفسخ البيع فبالضرورة لا يجب الثمن على البائع وهو
على ملكه ولا يعود الى ملك المشتري حتى لو كان الثمن عبدا فاعتقه البائع بعد القضاء بالاستحقاق نفذ عتقه وكذا لو
كان المشتري باعه من غيره فاستحق من يد الثاني ليس للمشتري الاول ان يرجع على بائعه ما لم يرجع عليه المشتري
الثاني كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد واذا لم يجب الثمن على الاصيل لا يجب على الكفيل بخلاف ما لو قضي بحرية العبد
ونحوه لان البيع يبطل به لعدم المحلية للبيع فيكون استحقاقا مبطلا للملك رأسا وما نحن فيه استحقاق ناقل للملك
فمحلية الملك باقية واحتمال اجازة المستحق للبيع القائم ثابت فما بقي هذا الاحتمال يبقى الملك بخلاف ما اذا قضى
على البائع برد الثمن لارتفاعه حينئذ وصحح في فصول الاستروشني ان للمستحق ان يجيز بعد قضاء القاضي وبعد
قبضه قبل ان يرجع المشتري على بائعه بالثمن والرجوع بالقضاء يكون فسخا ثم من الاستحقاق المبطل دعوى النسب
ودعوى المرأة الحرمة الغليظة ودعوى الوقف في الارض المشتراة او انها كانت مسجدا او نحو ذلك الاستحقاق
الناقل في ان كلا منهما يجعل المستحق عليه ومن يملك ذلك الشيء من جهته مستحقا عليهم حتى انه لو اقام واحد منهم البينة
على المستحق بالملك المطلق لا تقبل بينته ويختلفان في ان كل واحد من الباعة في الناقل لا يرجع على بائعه ما لم يرجع
عليه ويرجع على الكفيل وان لم يقض على المكفول عنه الكل من فتح القدير

باب كفالة الرجلين والعبدين

لما نزل هذا
مما قبله منزلة المركب من المفرد ذكره عقيبه دين عليهما بان اشتريا معا مثلا عبدا بالف وافترقا معا وكفل كل واحد منهما
عن صاحبه بامره فما اداه احدهما لا يرجع به على الآخر الا اذا زاد ما اداه على النصف فيرجع بالزائد لان كلا منهما في النصف
اصيل وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصالة وما عليه بحق الكفالة لقوة الاول وضعف الثاني لان
الاول دين عليه والثاني مطالبة بلا دين ثم هو تابع فوجب صرفه الى الادنى عن الاقوى تقديما على الاضعف على ما
هو مقتضى العقل والعادة ولو كفلا بمال عن رجل وكفل كل منهما به عن صاحبه فما اداه احدهما رجع بنصفه على شريكه ثم
يرجعان على الاصيل او رجع هو بكله على الاصيل لو كفل بامره اي بامر الاصيل ومعنى المسئلة في الصحيح ان تكون
الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة من غير نظر الى انها مع الدين او لا فيجتمع الكفالتان
وموجبهما التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل لانه التزم ما على الكفيل من المطالبة مما كفل به كما يصح عن الاصيل
بالتزام المطالبة بما عليه وكما تصح الحوالة من المحال عليه للمحال على اصيل بما عليه على آخر واذا عرف هذا فما اداه احدهما
وقع شائعا عنهما اذ الكل كفالة اما عن نفسه او عن الكفيل الآخر فلا ترجيح للبعض على البعض ليقع النصف
الاول عن نفسه خاصة بخلاف ما تقدم واذا لم يترجح ما عليه من جهة المديون وما عليه من جهة الكفيل الآخر فيرجع على شريكه
بنصف جميع ما ادى ولا يؤدي الى التسلسل لان قضيته هنا الاستواء في العلة وهي الكفالة وقد حصل
برجوع احدهما وهو المؤدي بنصف ما ادى فنقضه برجوع غير المؤدي بلا موجب بخلاف ما تقدم لانه لا استواء فيه
في العلة فان احدهما عليه اقوى من الآخر فلم يستويا فلم يستو رجعهما فلذا لا يرجع الا بما زاد على النصف ولو
ابرأ الطالب احدهما اي احد الكفيلين فله اي للطالب الكفيل الآخر بكله لان براءة الكفيل لا توجب براءة
الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والآخر كفيل عنه بكله ولو فسخت المفاوضة فللغريم الدين اخذ من شاء من

شريكيهما

شريكيهما بكل دين لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في كتاب الشركة من ان شركة المفاوضة تنعقد
على وكالة كل منهما عن الآخر وكفالة كل عن الآخر وما اداه احدهما لا يرجع به على الآخر ما لم يزد على النصف لما مر في
في كفالة الرجلين المديونين بدين واحد واذا كوتب العبدان بعقد واحد بان قال مثلا كاتبتكما على الف
الى عام وكفل كل واحد منهما عن صاحبه رجع كل واحد منهما على الآخر بنصف ما ادى لان هذا العقد وهو عقد
الكفالة جائز استحسانا خلافا للائمة الثلاثة كما لو كانت الكتابة كتابة واحد فقط ولانه كفالة ببدل الكتابة وكل
باطل وايضا شرط فيه كفالة المكاتب وهو باطل والكفالة تبطل بالشروط الفاسدة وجه الاستحسان انه يمكن ان يعتبر
له وجه يصح به فيحمل عليه وهو ان يجعل المال على احدهما وعتق الآخر معلقا بادائه كما في الولد المولود في الكتابة فيجعل
كل منهما في حق المولى كان المال كله عليه وعتق الآخر معلقا بادائه فيطالب كل منهما بجميع المال بحكم الاصالة لا الكفالة
وفي الحقيقة المال مقابل بهما منقسم عليهما بخلاف ما اذا اختلفت كتابتهما لان عتق كل منهما معلق بمال عليه على حدة
فتعذر تصحيحه وفيما وراء ذلك الاعتبار المصحح الحقيقة هي المعتبرة حتى ان ما اداه احدهما يرجع على صاحبه بنصفه لاستوائهما
فان اعتق السيد احدهما قبل الاداء صح اعتاقه لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لانه ما رضي بالتزام المال الا ليكون
وسيلة الى عتقه ولم يبق وسيلة لحصول عتقه بطريق آخر فيسقط ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل
بعتقهما وانما جعل على كل منهما احتيالا لتصحيح الضمان فوجب ان يتنصف وللسيد ان يأخذ حصة الآخر
اي الذي لم يعتق منه اي من الآخر الذي لم يعتق اصالة او من المعتق كفالة فان قيل انه يستلزم كون الرقيق ضامنا
ببدل الكتابة وهو لا يجوز اجيب بان هذا في حالة البقاء لا في الابتداء كما لو مات شهود النكاح ويرجع المعتق فقط
بما ادى على صاحبه يعني ان اخذ الذي عتق به رجع على صاحبه بما ادى وان اخذ الآخر به لم يرجع على الذي عتق بشيء
لانه ربما ادى عن نفسه ولو كان على عبد مال موصوف بكونه لا يجب ذلك عليه اي على العبد الا بعد عتقه بان
اقر باستهلاك مال وكذبه المولى او اقرضه انسان او باعه وهو محجور فانه لا يجب عليه الا بعد عتقه وكذا اذا اودع
شيئا فاستهلكه او وطئ امرأة بشبهة بغير اذن المولى بخلاف ما لو كان استهلاكه للمال معاينا معلوما فانه
يؤخذ به في الحال فكفل به اي بالمال الذي لا يجب عليه على العبد الا بعد العتق رجل كفالة مطلقة غير متعرض للحلول والتأجيل
لزم الكفيل حالا لان المال حال على العبد لوجود السبب وقبول الذمة وعدم الاجل كيف والعتق لا يصلح اجلا
لجهالة وقت وقوعه وقد لا يقع اصلا وانما لا يطالب به لعسرته اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلق
بملكه والكفيل غير معسر فيطالب به في الحال فصار كما لو كفل عن مفلس او غائب لزمه في الحال مع ان الاصيل
لا يلزمه وهذا احسن في حلول هذه الكفالة بخلاف وجه تأخير الدين الى العتق وهو العسرة وعدم رضا المولى
فانه لو تم لزم تأخير دين الاستهلاك المعاين لعسرته وعدم رضى المولى له بل الوجه عدم نفاذ تصرف غير المولى في
حقه بما يضره اعني تصرف المقرض والبائع للعبد ولم يرض بايداع المودع عند عبده ولا بتمكين المرأة وعدم
نفاذ قول العبد في حق المولى اذا كان يكذبه بخلاف الاستهلاك المعاين فانه ليس فيها احدهما فينفذ في حقه
دفعا للضرر لم ينسب فيه على نفسه فيجب الدين في الحال فيؤخذ من كسبه ان كان له كسب والا تباع رقبته
فيه الا ان يفديه المولى هذا هو المرجح في قول محمد في العبد الذي يستهلك المال الذي لا يجب حتى يعتق بخلاف
الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر صحيح فاذا ادى الكفيل لا يرجع على العبد الا بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه
الا بعد العتق وكذا الكفيل لقيامه مقامه ولو كان كفل بدين الاستهلاك المعاين ينبغي ان يرجع قبل العتق

اذا ادى لانه دين غير مؤخر الى العتق فيطالب السيد بتسليم رقبته او القضاء عنه الكل من فتح القدير ولو ادعى رقبة
عبد فكفل به رجل فمات العبد فبرهن المدعى انه اى العبد كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى رد رقبة العبد
على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل فهو كما لو كفل
بالمغصوب حيث يؤخذ برد عينه فان عجز فبقيمته فحاصله انه كفل بمال هو رقبة العبد والمكفول عنه المولى بخلاف
ما لو كفل بالمال الذى على العبد فمات يجب ضمانه والمكفول عنه فيه هو العبد وكذا عن الحر فمات لم يحفظ لابراء
الكفيل فى قولهم جميعا بخلاف من كفل عن المفلس بعد موته على ما تقدم من الخلاف فيه ولو كفل سيد عن عبده بامره
او كفل عبد غير مديون قيد به تصحيحا للكفالة فان كفالة عبده المديون عن مولاه لا تصح عن سيده فعتق العبد فادى
ادى لا يرجع على الآخر لان الكفالة وقعت غير موجبة للرجوع لان احدهما لا يستوجب دينا على الآخر وقال زفر
ان كانت الكفالة بالامر يرجع كل منهما على صاحبه لان المانع وهو الرق قد زال قلنا وقعت غير موجبة للرجوع
فلا تنقلب موجبة له بعد ذلك **كتاب الحوالة** الحوالة تناسب الكفالة لان كلا منهما عقد التزام ما على
الاصيل للتوثق الا ان الحوالة تتضمن براءة الاصيل براءة مقيدة على ما سنعلم بخلاف الكفالة فانها لا تتضمنه وكانت
كالمركب مع المفرد والمفرد مقدم فاخر الحوالة عنها ثم الحوالة اسم من الاحالة ومنه يقال احلت زيدا بماله على عمرو فاحتال
اى قبل فانا محيل وزيد محال ويقال محتال والمال محال به والرجل محال عليه ويقال محتال عليه وفى المغرب تركيب الحوالة
يدل على الزوال والنقل ومنه التحويل وهو نقل الشئ من محل الى محل ويقال للمحتال حويل ايضا فالمحيل هو المديون
والمحال والمحتال رب الدين والمحال عليه والمحتال عليه هو الذى التزم ذلك الدين للمحتال والمحال به نفس الدين وهى فى
الشرع نقل مطالبة الدين من ذمة المديون الى ذمة الملتزم بخلاف الكفالة فانها ضم فى المطالبة لا نقل فلا يطالب المديون
بالاتفاق وتصح الحوالة فى الدين لا فى العين لقوله عم من احيل على ملى فليتبع ثم اختلف العلماء فى هذا الامر فاكثرهم
على ان الامر استحباب وعن احمد انه للوجوب والحق الظاهر انه امر اباحة وهو دليل جواز نقل الدين شرعا والمطالبة
وانما خصت بالدين لان النقل الذى تضمنته نقل شرعى وهو لا يتصور فى الاعيان بل المتصور فيها النقل الحسى فكانت
نقل الوصف الشرعى وهو الدين برضى المحتال وهو الدائن لان الدين حقه وهو الذى ينتقل بالحوالة والذمم متفاوتة
فى حسن القضاء والمطل فلا بد من رضاه لا لزوم الضرر بالزامه اتباع من لا يوفيه وبرضى المحتال عليه وهو الذى يقبل الحوالة
لانه الذى يلزمه الدين ولا لزوم الا بالتزامه ولو كان مديونا للمحيل لان الناس يتفاوتون فى الاقتضاء من بين سهل
ميسر وصعب معسر وقيل لا بد من رضى المحيل وهو المديون ايضا ذكر فى الزيادات الحوالة تصح بلا رضى المحيل لان التزام
الدين من المحتال عليه تصرف فى حق نفسه والمحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه عاجلا باندفاع المطالبة عنه فى الحال وآجلا
بعدم الرجوع لانه لا يرجع الا بامره وحيث تثبت الحوالة بغير رضاه كان بغير امره واول فى الاوضح المذكور فى القدورى
بما اذا كان للمحيل على المحتال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة فان قبول الحوالة حينئذ من المحتال عليه يكون اسقاطا لمطالبة
المحيل عن نفس المحتال عليه ولا يصح الا برضاه وكذا فى الخبازية واشتراط رضى المحيل قول الائمة الثلاثة قالوا
لان للمحيل ايفاء ما عليه من اى جهة شاء فلا يتعين عليه بعض الجهات قهرا واعلم ان الحوالة لا تصح فى غيبة المحتال فى قول
ابى حنيفة ومحمد كما قلنا فى الكفالة الا ان يقبل رجل الحوالة للغائب فتتوقف على اجازته اذا بلغه وكذا لا يشترط
حضرة المحتال عليه حتى لو احال على غائب فبلغه فاجاز صحت واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول
عند طائفة من المشايخ وهو الصحيح من المذهب وعند طائفة اخرى لا يبرأ الا من المطالبة فقط والقائلون بان

المذهب لا يبرأ عن الدين استدلوا بمسائل ذكرها محمد تقتضى ذلك فمنها ان المحال اذا ابرأ المحتال عليه يصح ولا
يرتد برده كما لو ابرأ المحتال عليه يصح ولا يرتد برده كابراء الكفيل ولو انتقل اصل الدين الى ذمة المحتال عليه وجب ان
يرتد برده كما لو ابرأ المحتال المحيل قبل الحوالة لما فيه من معنى التمليك ومنها ان المحيل اذا نقد المحتال المال بعد الحوالة يجبر على
القبول فلو انتقل اصل الدين بالحوالة كان متبرعا بمال المحتال فلا يجبر على قبوله لغيره ومنها ان المحتال اذا وكل المحيل
بقبض مال الحوالة من المحتال عليه لا يصح ولو انتقل الدين صار المحيل عليه اجنبيا عنه وتوكيل الاجنبى بقبض الدين
صحيح ومنها ان المحتال اذا ابرأ المحتال عليه لا يرجع المحتال عليه بذلك على المحيل فلو كانت الحوالة بامر المحيل ولو وهب
المحتال عليه يرجع به على المحيل كما فى الكفيل الا ان لم يكن للمحيل عليه دين والا التقيا قصاصا ولو كان الدين يتحول
الى ذمته كان الابراء والهبة فى حقه سواء فلا يرجع والقائلون بالمذهب ينتقل الدين استدلوا بان المحتال اذا وهب
الدين من المحيل او ابرأه من الدين بعد الحوالة لا يصح ابراؤه وهبته ولو بقى الدين فى ذمته صح وجعل شيخ الاسلام
هذا الخلاف بين ابى يوسف ومحمد فعند ابى يوسف ينتقل الدين والمطالبة وعند محمد تنتقل المطالبة لا الدين قال
وفائدة هذا الخلاف تظهر فى مسئلتين احدهما ان الراهن اذا احال المرتهن بالدين فللراهن ان يسترد الرهن
عند ابى يوسف كما لو ابرأه عنه وعند محمد لا يسترده كما لو اجل الدين بعد الرهن والثانية اذا ابرأ الطالب
المحيل بعد الحوالة لا يصح عند ابى يوسف لانه برئ بالحوالة وعند محمد يصح ويبرئ المحيل لان اصل الدين باق فى
ذمته وانما تحولت المطالبة دون الدين وقال زفر ببقاء الدين والمطالبة على الاصيل فلا يأخذ المحتال عن تركته
اى من تركة المحيل لو مات لكن يأخذ كفيلا من الورثة او من الغرماء مخافة التوى ولا يرجع عليه اى على المحيل المحتال
الا اذا توى حقه اى المحال فهو اى توى حقه يتحقق بموت المحتال عليه مفلسا او انكاره الحوالة وحلفه انه لا حق له
عليه بطريق الحوالة ولا بينة للمحتال عليها اى على الحوالة ثم يرجع عليه لانه عجز عن الوصول الى حقه وقال الشافعى لا يرجع
وان توى بموت او افلاس او غيره وهو قول احمد والليث وابى عبيد لان البراءة الحاصلة بالانتقال مطلقة فلا تعود الا
بسبب جديد ونحن نمنع كونها براءة مطلقة بل المقصود من الحوالة سلامة حقه فكانت مقيدة بالسلامة فاذا فاتت السلامة
انفسخت كالعيب فى البيع وكما لو صالح على عين فهلكت قبل التسليم يعود الدين وعندهما يرجع المحتال على المحيل بتفليس
القاضى اياه اى المحتال عليه ايضا اى كما يرجع بالموت مفلسا او بالانكار بلا بينة وهذا بناء على ان تفليس القاضى
يصح عندهما وعنده لا يصح لانه يتوهم ارتفاعه بحدوث مال اليه ولو قال المحتال مات مفلسا وقال المحيل بخلافه ففى الشرح
والمبسوط القول للطالب مع يمينه على العلم لانه متمسك بالاصل وهو العسرة ولو كان حيا فزعم انه مفلس فالقول له
وكذا بعد موته وفى شرح الناصحى القول للمحيل مع اليمين على العلم لانكاره عود الدين وتصح الحوالة بالدراهم المودعة
لانه اقدر على القضاء لتيسر ما يقضى به وحضوره بخلاف الدين عليه ويبرأ المحتال عليه بهلاكها اى الوديعة لتقيد الحوالة بالوديعة
التى هلكت فان الرجل ما التزم الاداء الا منها وتصح بالمغصوبة اى بالعين المغصوبة ولكن لا يبرأ بهلاكها يعنى اذا
هلك العين المغصوبة المحال بها لا تبطل الحوالة فلا يبرأ المحال عليه لان الواجب على الغاصب رد العين فان عجز رد
المثل او القيمة فاذا هلك فى يد الغاصب المحال عليه لا يبرأ لان له خلفا والفوات الى خلف كلا فوات فبقيت متعلقة
بخلفه فيرد خلفه على المحتال واذا قيدت الحوالة بالدين بان قال المحيل للمحتال عليه احلت الطالب اليك بالالف
الذى له على على ان تؤديها من المال الذى لى عليك فقبل المحتال عليه او الوديعة او الغصب لا يطالب المحيل
المحتال عليه بذلك الدين او العين لان الحوالة لما قيدت بذلك تعلق حق الطالب به وهو استيفاء دينه

منه على مسائل الرهن واخذ المحيل يبطل بهذا الحق فلا يجوز فلو دفع المحال عليه الدين او العين الى المحيل ضمنه للطالب لانه
استهلك ما تعلق به حق المحال كما اذا استهلك الرهن احد يضمنه للمرتهن لانه يستحقه مع ان المحال اسوة لغرماء
المحيل بعد موته فلو قسم ذلك الدين او العين بين غرماء المحيل واخذ المحال حصته لا يكون له ان يرجع على المحال عليه
ببقية دينه لتقييد الحوالة بذلك القسم ومن احكام الحوالة المقيدة بالدين والعين انه لو ابرأ المحال المحال عليه صح الابراء
وكان للمحيل ان يرجع على المحال عليه بدينه ولو وهب المحال دينه من المحال عليه او مات المحال وورثه المحال عليه
لا يكون للمحيل ان يرجع على المحال عليه وان لم تقيد الحوالة بشيء من ذلك فله اي للمحيل المطالبة اي مطالبة المحال عليه
بذلك الدين او العين اذ لا تعلق لحق المحال بذلك الدين او العين لوقوعها مطلقة عنه بل بذمة المحال عليه وفي الذمة
سعة فلا تبطل الحوالة باخذه اي المحيل ما على المحال عليه من الدين او ما عنده من العين المودعة والمغصوبة ومن
المطلقة ان يحيل على رجل ليس له عنده ولا عليه شيء ولو حصلت الحوالة مبهمة لم يذكره محمد وقالوا ينبغي ان تثبت
مؤجلة كما في الكفالة لانه تحمل ما على الاصيل باي صفة كان فلو مات المحيل لم يحل المال على المحال عليه لان حلول الاجل
في حق الاصيل لاستغنائه عن الاجل بموته ولا يتأتى ذلك في حق المحال عليه لانه حي يحتاج الى الاجل ولو مات المحال
عليه قبل الاجل والمحيل حي حل المال على المحال عليه لاستغنائه عن الاجل بموته فان لم يترك وفاء رجع الطالب على
المحيل الى اجله لان الاجل سقط حكما للحوالة وقد انتقضت الحوالة بموت المحال عليه مفلسا فينتقض ما في ضمنها وهو
سقوط الاجل كما لو باع المديون بدين مؤجل عبدا من الطالب ثم استحق العبد عاد الاجل واذا طالب المحال عليه
المحيل بمثل ما احال به مثلا احال عليه بمائة ثم طلب منه المائة فقال المحيل انما احلت بدين لي عليك لا يقبل قوله بلا حجة
وعليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق في حقه وهو قضاؤه دينه بامره ولو طالب المحيل المحال بما احال فقال
المحال احلتني بدين لي عليك لا يقبل قوله ايضا بلا حجة ويؤمر المحال له برد ما اخذه الى المحيل لان المحيل ينكر ان عليه
شيئا والقول قول المنكر ولا يكون الحوالة اقرارا من المحيل بالدين للمحال لانها مستعملة للوكالة ايضا وتكره السفتجة
وهي الاقراض لسقوط خطر الطريق صورته ان يدفع في بلدة الى مسافر قرضا ليدفعها الى صديقه او وكيله مثلا في بلدة
اخرى ليستفيد به خطر الطريق لانه عم نهى عن قرض جر نفعا واحسن ما ههنا ما عن الصحابة والسلف ما رواه ابن ابي شيبة
في مصنفه حدثنا خالد الاحمر عن حجاج عن عطاء قال كانوا يكرهون كل قرض جر منفعة وفي الفتاوى وغيرها ان كان السفتج
مشروطا في القرض فهو حرام والقرض بهذا الشرط فاسد وان لم يكن مشروطا جاز وصورة الشرط ما في الواقعات
رجل اقرض رجلا مالا على ان يكتب له بها الى بلد كذا فانه لا يجوز وان اقرضه بغير شرط وكتب جاز وكذا لو قال اكتب
لي سفتجة الى موضع كذا على ان اعطيك بها فلا خير فيه وفي كفاية البيهقي وسفاتج التجار مكروهة ثم قال الا ان تقرض
مطلقا ثم يكتب السفتجة فلا بأس به كذا روي عن ابن عباس رضه الا ترى انه لو قضاه احسن مما له عليه لا يكره اذا
لم يكن مشروطا ثم قالوا انما يحل ذلك عند عدم الشرط اذا لم يكن فيه عرف ظاهر وان كان يعرف ان ذلك يفعل
لذلك فلا والذي يحكى عن ابي حنيفة رح انه لم يقعد في ظل جدار غريمه فلا اصل له لان ذلك لا يكون انتفاعا بملكه كيف
ولم يكن مشروطا ولا متعارفا وانما اورد القدوري هذه المسئلة ههنا لانها معاملة في الديون كالكفالة والحوالة
كذا في فتح القدير

كتاب القضاء

لما كان اكثر المنازعات في الديون والبياعات وكانت المنازعة محتاجة
الى قطعها اعقبها بما هو القاطع لها وهو القضاء ووقع التعبير في الهداية والمختار وغيرهما بكتاب ادب القاضي تنبيها
على ان عامة المسائل المذكورة في كتاب القضاء خصال حميدة ينبغي لكل قاض ان يتحلى بها واداب لا بد للقاضي ان يتأدب

بها ويحافظ

بها ويحافظ عليها واخلاق يحق التخلق بها قال في الاختيار الادب هو التخلق بالاخلاق الجميلة والخصال الحميدة في معاشرة
الناس ومعاملتهم وادب القاضي التزامه لما ندب اليه الشرع من بسط العدل ودفع الظلم وترك الميل والمحافظة
على حدود الشرع والجري على سنن السنة على ما يأتي ان شاء الله تعالى انتهى واما القضاء فقال ابن قتيبة يستعمل
لمعان كلها ترجع الى الحتم والفراغ من الامر يعني باكماله وفي الشرع يراد به الالزام ويقال لما فيه من الحكم ومنع الظالم
عن الظلم من الحكمة التي تجعل في رأس الفرس القضاء بالحق احتراز عن القضاء بالباطل فانه مما يستوجب النار فضلا
عن كونه مما ينال به الثواب باداء الفرض فقد اخرج ابو داود عن ابي بريدة عن ابيه قال قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم القضاة ثلاثة اثنان في النار وواحد في الجنة رجل عرف الحق فقضى به فهو في الجنة ورجل عرف الحق
ولم يقض وجار في الحكم فهو في النار ورجل لم يعرف الحق فقضى للناس على جهل فهو في النار من اقوى الفرائض
وافضل العبادات اذ ما من نبي من الانبياء عليهم السلام الا امره الله تعالى بالقضاء واثبت لادم عم الخلافة
وقال لنبينا عليه الصلوة والسلام وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم وقال لداود عم فاحكم بين الناس
بالحق ولان فيه الامر بالمعروف والنهي عن المنكر واظهار الحق وانصاف المظلوم من الظالم وايصال الحق الى المستحق
ولاجل هذه الاشياء شرع الله تعالى الشرائع وارسل الرسل عليهم السلام والقضاء على خمسة اوجه واجب ان تعين
له ولا يوجد من يصلح له غيره فانه اذا لم يفعل ادى الى تضييع الحكم فيكون قبوله امرا بالمعروف ونهيا عن المنكر وانصاف
المظلومين من الظالمين وانه فرض كفاية ومستحب فان وجد من يصلح لكن هو اصلح واقوم به ومخير فيه
ان استوى هو وغيره في الصلاحية والقيام فهو مخير ان شاء قبل وان شاء لا ومكروه ان كان صالحا للقضاء
لكن غيره اقوم به واصلح وحرام ان علم من نفسه العجز عنه وعدم الانصاف فيه لما يعلم من باطنه من اتباع الهوى
ما لا يعرفونه فيحرم عليه ويكون رزقه وكفايته وكفاية اهله واعوانه ومن يمونهم من بيت المال لانه محبوس لحق العامة
فلولا الكفاية ربما طمع في اموال الناس ولهذا قالوا يستحب للامام ان يقلد القضاء من له ثروة لئلا يطمع في اموال
الناس وان تنزه فهو افضل وابو بكر الصديق رضه لما ولي الخلافة خرج الى السوق ليكتسب فرده عمر ثم اجمعوا
على ان جعلوا له كل يوم درهمين وكان عنده عباءة قد اشتراها من رزقه فلما حضرته الوفاة قال لعائشة رضه
اعطيها لعمر ليردها الى بيت المال فدل على انه اذا استغنى لا يأخذ وهو المختار كذا في الاختيار القاضي اذا كان له خط
من بيت المال شيئا لا يكون عاملا بالاجر بل يكون عاملا لله تع ويستوفي حقه من مال الله تع وكذا الفقهاء والعلماء
والمعلمون الذين يعلمون القرآن كذا في الخلاصة ولو اراد القاضي والمفتي ان يأخذ شيئا على حكمه لا يجوز له ذلك
الا ان يؤاجر نفسه ممن له الحق يوما او يومين باجر معلوم فيجوز له ان يأخذ منه اجر المثل [illegible] عقد الاجارة ولا
يجاوز المسمى ولكن يحترز اهل الورع منه كذا في القنية وفي فتاوى النسفي يحل للقاضي اخذ الاجرة على كتبة السجلات
والمحاضر وغيرهما لكل الف خمسة دراهم وان كان دون الالف لكن [illegible] من المشقة مثل ذلك ففيه خمسة ايضا
وقيل يجب بقدر اجر المثل هو المختار ولو تولى القاضي القسمة لا يحل له اخذ الاجرة لكن يحل له الاجرة على المكتبة
هكذا نقله صاحب الخلاصة في الفصل العاشر لكن نقل جوازه عن المحيط في الفصل الثاني حيث قال في المحيط
اذا اراد القاضي ان يكتب السجل ويأخذ على ذلك اجرا يأخذ منه مقدارا يجوز اخذه لغيره وكذا لو تولى القسمة
بنفسه باجر المثل واهله اي اهل القضاء من هو اهل الشهادة يعني المستحق للقضاء هو المستحق للشهادة
وبالعكس لانهما من باب الولاية وهي تنفيذ القول على الغير شاء الغير او ابى لكن الولاية في القاضي اقوى

واعم وفي النوازل السلطان اذا حكم بين اثنين لا ينفذ وفي ادب القاضي للخصاف ينفذ وهو الاصح وبه يفتى كذا في الخلاصة وشرط اهليتها شرط اهليتها كما سيأتي من الاسلام والحرية والعقل والبلوغ وكونه غير اعمى ولا محدود في قذف وسيأتي ما هو الكمال في القاضي من كونه موثوقا به في دينه الخ ووقعت عبارة البداية والقدوري هكذا لا يصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من اهل الاجتهاد فذكر المولى على لفظ المفعول للاشعار بانا نلقي اليه الفعل من غير طلب له منه كما هو الاولى فرع قلد عبد فعتق جاز ان يقضي بتلك الولاية من غير حاجة الى تجديد الاذن كما لو تحمل الشهادة حال الرق ثم عتق كذا في الخلاصة في اول كتاب القضاء وذكر بعد ورقة لو قلد قضاء مصر لصبي فادرك الصبي ليس له ان يقضي بذلك الامر ولو قلد كافر القضاء فاسلم قال محمد هو على قضائه ولا يحتاج الى ان يوليه ثانيا قضاء الكافر كالعبد والفرق ان كلا منهما له ولاية وبه مانع وبالعتق والاسلام يرتفع اما الصبي فلا ولاية له اصلا والفاسق اهل له اي للقضاء اختلف في قضاء الفاسق فاكثر الائمة على انه لا يصح ولايته كالشافعي وغيره كما لا تقبل شهادته وعن علمائنا الثلاثة في النوادر مثله لكن الغزالي قال اجتماع هذه الشروط من العدالة والاجتهاد وغيرهما متعذر في زماننا لخلو العصر عن المجتهد والعدل فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة وان كان جاهلا فاسقا وهو ظاهر المذهب عندنا ويصح وينفذ من المقلد تقليده اي تقليد القضاء للفاسق بقبح وللمستور بلا قبح ويجب على المقلد ان لا يقلد القضاء للفاسق ما وجد العدل فيأثم المقلد للفاسق مع وجود العدل لتركه واجبا عليه كما يصح قبول شهادته يعني يصح تقليد الفاسق مع الاثم كما يصح قبول شهادته معه لوجود اصل الاهلية وفي القادرية القاعدية هذا اذا غلب على ظنه صدقه فاحفظه ويجب على القاضي ان لا يقبل شهادة الفاسق فانه لعدم مبالاته في الدين يتهم بالكذب ولو فسق العدل يستحق العزل يعني لو كان عدلا قبل الولاية فولي ففسق وجار باخذ الرشوة وغيرها من اسباب الفسق يستحق العزل ولكن لا ينعزل في ظاهر الرواية وعليه اي على عدم الانعزال مشايخنا ومعنى قوله يستحق العزل انه يجب على السلطان عزله ذكره في الفصول وقيل اذا ولي عدلا ثم فسق انعزل لان عدالته في معنى المشروطة في ولايته لانه حين ولاه عدلا اعتمد عدالته فكانت ولايته مقيدة بعدالته فتزول بزوالها ولان كل الولاية تقبل التقييد والتعليق والاضافة لكن لو قال لا يلزم ذلك اذ لا يلزم من اختيار ولايته لصلاحه تقييدها به على وجه يزول بزواله فلا ينعزل واتفقوا في الامارة والسلطنة على عدم الانعزال بالفسق لانها مبنية على القهر والغلبة ثم الدليل على جواز تعليق الامارة واضافتها قوله صلى الله عليه وسلم حين بعث البعث الى موتة وامر عليهم زيد بن حارثة ان قتل زيد فجعفر اميركم وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة وهذه القصة مما اتفق عليها جميع اهل السير والمغازي ولو اخذ القاضي القضاء بالرشوة مثلثة اسم من الرشوة بالفتح كما في المقاييس فهي لغة ما يوصل به الى الحاجة بالمصانعة اي بان تصنع له شيئا ليصنع لك شيئا آخر كما قال ابن الاثير وشريعة ما يأخذه الآخذ ظلما بجهة يدفعه الدافع اليه من هذه الجهة وتمامه في الكرماني فالمرتشي الآخذ والراشي الدافع لا يصير قاضيا على الصحيح ولو قضى في اجتهادية لم ينفذ فللقاض آخر ان يبطل كما لو قضى بالشفعاء عند بعضهم كما في الفصولين والرشوة لا تملك ولذا كان له الاسترداد ولو اصلح امره كما في الغنى والنهاية وغيرهما كذا في القهستاني ثم الرشوة اربعة اقسام احدها حرام على الآخذ والمعطي وهو الرشوة على تقليد القضاء والامارة فلا يصير قاضيا الثاني ارتشاء القاضي ليحكم وهو كذلك حرام من الجانبين ثم لا ينفذ قضاؤه في تلك الواقعة التي ارتشى فيها سواء كان

بحق او

بحق او بباطل اما في الحق فلانه واجب فلا يحل اخذ المال عليه واما في الباطل فاظهر وحكى في الفصول في نفاذ قضاء القاضي فيما ارتشى فيه ثلاثة اقوال لا ينفذ فيما ارتشى فيه وينفذ فيما سواه وهو اختيار شمس الائمة لا ينفذ فيهما ينفذ فيهما وهو ما ذكر البزدوي وهو حسن لان حاصل امر الرشوة فيما اذا قضى بحق ايجابها فسقه وقد فرض ان الفسق لا يوجب العزل فولايته قائمة وقضاؤه بحق فلم لا ينفذ وخصوص هذا الفسق غير مؤثر وغاية ما وجه به انه اذا ارتشى عامل لنفسه او ولده يعني والقضاء عمل لله تعالى وارتشى القاضي او ولده او من لا تقبل شهادته له او بعض اعوانه سواء اذا كان بعلمه ولا فرق بين ان يرتشي ثم يقضي او يقضي ثم يرتشي وفيه لو اخذ الرشوة ثم بعث الى شافعي ليقضي لا ينفذ قضاء الثاني لان الاول عمل في هذا لنفسه حين اخذ الرشوة وان كان كتب الى الثاني ليسمع الخصومة واخذ مثل اجر الكتاب صح حكم المكتوب اليه والذي قلد بواسطة الشفعاء كالذي قلد احتسابا في انه ينفذ قضاؤه وان كان لا يحل طلب الولاية بالشفعاء الثالث اخذ المال ليسوي امره عند السلطان دفعا للضرر او جلبا للنفع وهو حرام على الآخذ لا الدافع وحيلة حلها للآخذ ان يستأجره يوما الى الليل او يومين فيصير منافعه مملوكة ثم يستعمل في الذهاب الى السلطان في الامر الفلاني وفي الاقضية هذا اذا كان فيه شرط اما اذا كان الاهداء بلا شرط ولكن يعلم يقينا انه انما يهدي ليعينه عند السلطان فمشايخنا على انه لا بأس به ولو قضى حاجته بلا شرط ولا طمع فاهدى اليه بعد ذلك فهو حلال لا بأس به وما نقل عن ابن مسعود من كراهته فورع الرابع ما يدفع لدفع الخوف من المدفوع اليه على نفسه او ماله حلال للدافع حرام على الآخذ لان دفع الضرر عن المسلم واجب ولا يجوز اخذ المال لفعل الواجب والفاسق يصلح مفتيا لانه يجتهد كل الجهد حذرا من ان تنسبه فقهاء عصره الى الخطأ وقيل لا يصلح الفاسق مفتيا لانه من امور الدين وقد ظهرت خيانته للدين ومعلوم ان الافتاء تقوية لحكم بالقول ومع هذا قول الفاسق لا يقبل في الديانات ولا ينبغي ان يكون القاضي فظا اي سيئ الخلق جافيا في المعاشرة قولا وفعلا غليظا اي قاسي القلب غير متأثر جبارا بالفتح والتشديد الذي يفعل على الغضب عنيدا وهو من خالف ورد الحق مع علمه فالكل منهي سيما من نصب لالزام الحق وبسط العدل وينبغي ان يكون القاضي موثوقا اي معتمدا به في دينه حتى لا يكون مرتكبا حرمة الدين بارتكاب الكبيرة او بالاصرار على الصغيرة وفي عفافه من العفة وهي هيئة القوة الشهوية متوسطة بين الفجور الذي هو افراط هذه القوة والخمود الذي هو تفريطها فالعفيف يباشر الامور على وفق الشرع والمروة فالمراد بكونه معتمدا في عفافه ان يكون قائما بالقسط والعدل وفي عقله لان الاصل في الامور الدينية هو العقل اذ لولاه لما خلص الانسان نفسه عن القبائح والشرور اذ النفس لامارة بالسوء فضلا عن اصلاح الغير بالانصاف بينهم واصله المنع فالمراد بالعقل ما يمنع الانسان عما يضره في الآخرة وفي صلاحه وهو ضد الفساد فالصالح من المكلف الخالص عن كل فساد ومن الاعمال ما سوغه الشرع وحسنه وفي فهمه وهو تصور المعنى من لفظ المخاطب فالمراد فهم معاني الكتاب فيما يرد عليه من القضايا والدعاوى وكتب القضاء ونحوها وفي علمه بالسنة وهي ما يروى عن النبي عم والآثار وهي ما يروى عن الاصحاب ووجوه الفقه وهي المسائل المتعلقة باحكام الوقائع فانه اذا لم يعلم بذلك لا يقدر على القضاء ولا يعلم كيف يقضي وعن ابي يوسف لان يكون القاضي ورعا احب الي من ان يكون مجتهدا وقال اذا كان عالما بالفرائض يكفي في جواز القضاء وكذا ينبغي ان يكون المفتي على هذه الاوصاف المذكورة اعلم انهم قالوا الاتفاق ائمة الهدى رحمه الله تعالى واختلافهم رحمة وسعة فاذا كان ابو حنيفة في جانب وابو يوسف ومحمد في جانب فالمفتي بالخيار ان شاء اخذ بقوله وان شاء اخذ بقولهما

وان كان احدهما مع ابي حنيفة يأخذ بقولهما البتة الا اذا اصطلح المشايخ بقول ذلك فيتبع اصطلاحهم كذا في المضمرات
ثم الفتوى على الاطلاق على قول ابي حنيفة ثم بقول ابي يوسف ثم بقول محمد ثم بقول زفر ثم بقول الحسن بن زياد وقيل
اذا كان ابو حنيفة في جانب وصاحباه في جانب فالمفتي بالخيار والاول اصح اذا لم يكن المفتي مجتهدا لانه كان اعلم
العلماء في زمانه كذا في السراجية الكل من التاتارخانية ومشايخنا اخذوا بقول ابي يوسف فيما يتعلق بالقضاء كذا في
الخلاصة والبزازية والقنية ثم اجمع العلماء ان المفتي يجب ان يكون من اهل الاجتهاد اذ يبين احكام الشرع وانما يمكنه ذلك لو علم
دلائل الشرعية الا يرى الى ما روي عن ابي حنيفة قال لا يحل لاحد ان يفتي بقولنا حتى يعلم من اين قلنا كذا في الفصولين
والاجتهاد وان قال به بعضهم لكن الصحيح انه شرط الاولوية لا الجواز لكن يجب ان يكون عالما بالفقه موثوقا به وفي حد الاجتهاد
كلام عرف في اصول الفقه حاصله ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار او بالقياس بخلاف النص
وبالجملة ان يعلم الكتاب والسنة بعبارتهما واشارتهما ودلالتهما واقتضائهما وباقي الاقسام ناسخهما ومنسوخهما
ومناطات احكامهما وشروط القياس والمسائل المجمع عليها لئلا يقع في القياس في مقابلة الاجماع واقوال الصحابة لانه
لا يقدمه على القياس فلا يقيس في معارضة قول الصحابي بعد ان يعلم عرف الناس فمن اتقن هذه الجملة فهو من اهل الاجتهاد
فيجب عليه ان يعمل باجتهاده وهو ان يبذل جهده في طلب الظن بحكم شرعي عن هذه الادلة ولا يقلد احدا كذا ذكر ابن
الهمام واعلم ان القاضي اذا قاس مسئلة على مسئلة وحكم فظهر رواية ان الحكم بخلافه فالخصومة للمدعى عليه يوم القيامة على القاضي وعلى
المدعي لان القاضي اثم بالاجتهاد لانه شرط لاولوية لو لا يثبت الاصل جوازا فالمراد بالجاهل في قوله تقليد الجاهل المقلد الذي هو
مقابل المجتهد لا الجاهل المقابل للعالم فما جوزه صاحب الكمل من انه يحتمل ان يكون المراد من الجاهل من لا يحفظ شيئا
من اقوال الفقهاء ففيه بحث مع ان مقتضى التشبيه في قول صاحب الهداية فصار كالمتحري بانه لا يصلي بتحري غيره
ان يراد بالجاهل غير المجتهد لا من لا يحفظ شيئا من اقوال الفقهاء ذكره سعدي چلبي في حاشية الكمل العناية لكن
المفهوم من سوق كلام اكثر المعتبرات ومن بيان الادلة من الطرفين في هذه المسئلة ان المراد بالجاهل مقابل
العالم صرح به في ايضاح ابن كمال قال في الفصول العمادية وكون القاضي عالما او مجتهدا ليس بشرط حتى ان الجاهل
اذا استقضي يصير قاضيا انتهى وقال الشافعي ومالك واحمد لا يصح تقليد الجاهل وهو رواية عن علمائنا نص محمد
في الاصل ان المقلد لا يجوز ان يكون قاضيا ولكن المختار خلافه قالوا القضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة
بدون العلم قلنا يمكنه القضاء بفتوى غيره ومقصود القضاء وهو ايصال الحق الى مستحقه ودفع الظلم يحصل
والمراد بالعلم ليس ما يقطع بصوابه بل ما يظنه المجتهد فانه لا قطع في مسائل الفقه واذا تقضى بقول فقد قضى
بذلك العلم وهو المطلوب واعلم ان ما ذكر في القاضي ذكر في المفتي فلا يفتي الا المجتهد وقد استقر رأي الاصوليين
على ان المفتي هو المجتهد من يحفظ اقوال المجتهد فليس بمفت والواجب عليه اذا سئل ان يذكر قول المجتهد كابي حنيفة
على جهة الحكاية فعرف ان ما يكون في زماننا من فتوى الموجودين ليس بفتوى بل هو نقل كلام المفتي ليأخذ به المستفتي
وطريق نقله كذلك عن المجتهد احد امرين اما ان يكون له سند فيه اليه او يأخذه من كتاب معروف تداولته
الايدي نحو كتب محمد بن الحسن ونحوها من التصانيف المشهورة للمجتهدين لانه بمنزلة الخبر المتواتر عنهم او المشهور
هكذا ذكر الرازي فعلى هذا لو وجد بعض نسخ النوادر في زماننا لا يحل عزو ما فيها الى محمد ولا الى ابي يوسف لانها
لم تشتهر في عصرنا في ديارنا ولم تتداول نعم اذا وجد النقل عن النوادر مثلا في كتاب مشهور معروف كالهداية
والمبسوط كان ذلك تعويلا على ذلك الكتاب فلو كان حافظا للآثار على المختلفة للمجتهدين ولا يعرف الحجة ولا قدرة

لدعى

لدعوى الاجتهاد للترجيح لا يقطع بقول منها يفتي به بل يحكيها للمستفتي فيختار المستفتي ما يقع في قلبه انه الاصوب
ذكره في بعض الجوامع وعندي انه لا يجب عليه حكاية كلها بل يكفيه ان يحكي قولا منها فان المقلد له ان يقلد اي
مجتهد شاء فاذا ذكر احدهما فقلده حصل المقصود نعم لا يقطع عليه فيقول جواب مسئلتك كذا بل يقول قال ابو حنيفة
حكم هذا كذا نعم لو حكى الكل فالاخذ بما يقع في قلبه انه اصوب اولى والا فالعامي لا عبرة بما يقع في قلبه من صواب الحكم
وخطائه وعلى هذا اذا استفتى فقيهين اعني مجتهدين فاختلفا عليه الاولى ان يأخذ بما يميل اليه قلبه منهما وعندي
انه لو اخذ بقول الذي لا يميل اليه جاز لان ميله وعدمه سواء والواجب عليه تقليد مجتهد وقد فعل اصاب ذلك
المجتهد او اخطأ قالوا المنتقل من مذهب الى مذهب باجتهاد وبرهان اثم يستوجب التعزير فبلا اجتهاد وبرهان
اولى ولا بد ان يراد بهذا الاجتهاد معنى التحري وتحكيم القلب لان العامي ليس له اجتهاد ثم حقيقة الانتقال
انما يتحقق في حكم مسئلة خاصة قلد فيه وعمل به والا فقوله قلدت ابا حنيفة فيما افتى به من المسائل مثلا او
التزمت العمل به على الاجمال وهو لا يعرف صورها ليس حقيقة التقليد بل هذا حقيقة تعليق التقليد او وعد به
كانه التزم ان يعمل بقول ابي حنيفة فيما يقع له من المسائل التي تتعين في الوقائع فان ارادوا هذا الالتزام فلا دليل
على وجوب اتباع المجتهد المعين بالزامه نفسه ذلك قولا او نية شرعا بل الدليل اقتضى العمل بقول المجتهد فيما احتاج
اليه بقوله تعالى فاسألوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون والسؤال انما يتحقق عند طلب حكم الحادثة المعينة وحينئذ
اذا ثبت عنده قول المجتهد وجب عمله به والغالب ان مثل هذه الزامات منهم لكف الناس عن تتبع الرخص
والا اخذ العامي في كل مسئلة بقول مجتهد قوله اخف عليه وانا لا ادري ما يمنع هذا من النقل او العقل وكون الانسان
يتبع ما هو اخف على نفسه من قول مجتهد مسوغ له الاجتهاد ما علمت من الشرع ذمه عليه وكان صلى الله عليه وسلم
يحب ما خفف عن امته والله اعلم بالصواب الكل من فتح القدير ويختار المقلد وهو من له ولاية التقليد وهو الخليفة
والسلطان الذي نصبه الخليفة واطلق له التصرف وكذا الذي ولاه السلطان ناحية وجعل خراجها له واطلق
له التصرف فان له ان يولي ويعزل كذا قالوا ولو ولي من حكم المولى ثم جاءه كتاب السلطان لا يكون ذلك احضارا
للقضاء والحرية شرط للسلطان وفي التقليد بالاصالة لا بطريق النيابة فان السلطان اذا امر عبده على ناحية
وامره بنصب القاضي جاز فان نصبه كنصب السلطان بنفسه لا اقدر لاجراء الاحكام والاولى لديانته
وعفته لقوله عليه الصلوة والسلام من استعمل رجلا على عصابة وفي تلك العصابة من هو ارضى لله منه فقد خان
الله ورسوله وجماعة المسلمين وهو صحيح الاسناد من طريق حسين بن قيس واخرجه الطبراني من غير طريق
حسين هذا عن ابن عباس قال قال رسول الله عليه السلام من تولى من امر المسلمين شيئا فاستعمل عليهم رجلا
وهو يعلم ان فيهم من هو اولى بذلك واعلم بكتاب الله وسنة رسول الله عليه السلام فقد خان الله ورسوله وجماعة
المسلمين وكره للمقلد التقليد لمن خاف من نفسه الحيف اي الظلم والجور على غيره والعجز عن القيام به لما فيه
من المحذور والاولى او العجز لانه يكفي احدهما في الكراهة نص عليه القدوري ولا بأس به يعني بالدخول في القضاء
لمن يثق من نفسه باداء فرضه لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوا القضاء كعلي ومعاذ على ما عرفت ولان القضاء
فرض كفاية حتى لو امتنع الكل اثموا غير ان مقتضاه ان يكون الدخول فيه مستحبا وعبارة لا بأس اكثر
استعمالها في المباح وما تركه اولى وحاصل ما هنا انه ان لم يأمن على نفسه الحيف او عدم اقامة العدل
كره له الدخول كراهة تحريم لان الغالب الوقوع في محظوره وان امن ابيح رخصة والترك هو العزيمة

لانه وان امن فالغالب هو خطا ظن من ظن من نفسه الاعتدال فيظهر منه خلافه فيؤخره عن الاستحباب هذا اذا لم
تنحصر الاهلية فيه بان كان في البلد غيره من يصلح للقضاء ومن تعين له فرض عليه يعني من كان هو الاهل للقضاء
دون غيره يفترض عليه الدخول صيانة لحقوق العباد واخلاء للعالم الفساد وعليه ان يحاسب في ضبط نفسه واذا كان
في البلد قوم يصلحون للقضاء فامتنع كل واحد منهم عن الدخول فيه اثموا بحيث لا يفصل بينهم واما اذا كان السلطان
ممن يملك ان يفصل الخصومات ويتفرغ لذلك فلا يأثمون لكن لو امتنع الكل حتى قلد جاهل اشتركوا في الاثم
لادائه الى تضييع احكام الله تعالى واما حديث من ولي القضاء فكانما ذبح بغير سكين فتأويله من استقضي فقد ذبح
بغير سكين او كان فيمن تقلد بغير اهلية وفي بعض الرواية فكانما ذبح بغير سكين فوجه التشبيه ان السكين يؤثر
في الظاهر والباطن جميعا والذبح بغير السكين وهو الخنق يؤثر في الباطن بازهاق الروح لا في الظاهر فكذا القضاء
لا يؤثر في الظاهر لان ظاهره جاه وعظمة لكن في باطنه هلاك وتباه وكان شمس الائمة الحلواني يقول لا ينبغي لاحد
ان يزدري بهذا اللفظ لئلا يصيبه ما اصاب ذلك القاضي فقد حكي ان قاضيا روي بهذا الحديث فازدراه قال
كيف يكون هذا ثم دعا في مجلسه بمن يسوي شعره فجعل الحلاق يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه اذ عطس فاصابه
الموسى والقى رأسه بين يديه كذا في العناية وقد جاء من القضاة آثار واجتنبه كثير من السلف وقيد محمد
بن الحسن ثلاثين يوما وثلاثين يوما واربعين يوما للتقليد وقد تقدم حديث ابي داود القضاة ثلاثة اثنان في
النار وواحد في الجنة وصحيح ابن حبان عن عائشة رضها قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول
يدعى بالقاضي العادل يوم القيامة فيلقى من شدة الحساب ما يتمنى له انه لم يقض بين اثنين في عمره واخرج الحاكم
عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ولي عشرة فحكم بينهم بما احبوا او كرهوا جيء يوم القيامة مغلولة
يده الى عنقه فان حكم بما انزل الله ولم يرتش في حكمه ولم يحف فك الله غله وان حكم بغير ما انزل الله وارتشى في
حكمه وحاف شدت يساره الى يمينه ثم رمي به في جهنم ولا يطلب القضاء يعني من صلح للقضاء ينبغي ان لا يطلبه
اي لا يميل اليه بالقلب ولا يسأله باللسان واصح الحديث في ذلك ما في البخاري قال صلى الله عليه وسلم يا عبد الرحمن بن
سمرة لا تسأل الامارة فانك ان اوتيتها عن مسألة وكلت اليها وان اوتيتها عن غير مسألة اعنت عليها واذا
كان طلب الولاية ان يوكل الى نفسه وجب ان لا يكل لانه معلوم وقوع الفساد منه لانه مخذول هذه عبارة
في فتح القدير ومن وكل او فوض امره الى نفسه كان مخذولا غير مرشد الى الصواب لكون النفس امارة بالسوء هذه
عبارة غاية البيان ولان من طلب القضاء فقد اعتمد فقهه وورعه وذكاه واعجب فيحرم التوفيق وينبغي ان لا يشتغل
المرء بطلب ما لو نال يحرم به واذا اكره عليه فقد اعتصم بحبل الله تعالى مكسور القلب بالاكراه على ما لا يحبه ويرضاه
وتوكل عليه ومن يتوكل على الله فهو حسبه فيلهم الرشد والتوفيق ويجوز تقلده اي القضاء من السلطان الجائر
اي الظالم كما يجوز من العادل لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من معاوية والحق كان بيد علي في نوبته والتابعين
تقلدوه من الحجاج وهو كان جائرا كذا في الهداية وهذا تصريح بجور معاوية والمراد في خروجه لا في اقضيته ثم انما
يتم اذا ثبت انه ولي القضاء قبل تسليم الحسن واما بعد تسليمه فلا واستقضى ابو معاوية ابا الدرداء رضي الله عنه
بالشام وبها مات وكان معاوية استشاره فيمن يولى بعده فاشار عليه بفضالة ابن عبيد الانصاري
فولاه الشام بعده وقيد بنوبته اي نوبة علي بكونه رابعا بعد عثمان احترازا عن قول الروافض انه
كان احق بها في سائر النوب حتى من ابي بكر رضه لكمال الاحكام كما قالوا بل اجمع الامة من اهل الحل والعقد على صحة خلافة الخلفاء

وان كان

وان كان الحق معه في تلك النوبة لصحة بيعته وانعقادها فكان علي على الحق في قتال اهل الجمل وقتال معاوية
بصفين وقوله صلى الله عليه وسلم لعمار ستقتلك الفئة الباغية وقد قتله اصحاب معاوية يصرح بانهم
بغاة ولقد اظهرت عائشة الندم واما الحجاج فحاله وجوره مشهور في الآفاق كذا في شروح الهداية فرع للسلطان
عزل القاضي بريبة وبلا ريبة ولا ينعزل حتى يبلغه العزل وينعزل نائبه بعزله بخلاف ما اذا مات القاضي لا ينعزل
نائبه وكثير من المشايخ على ان النائب لا ينعزل بعزل القاضي لانه نائب السلطان وينعزل القاضي بعزله نفسه
اذا بلغ السلطان وما لم يبلغه لا ينعزل كعزل الوكيل نفسه لا ينعزل حتى يبلغ الموكل وقيل لا ينعزل القاضي بعزله نفسه
لان قضاءه صار حقا للعامة فلا يملك ابطاله وعن ابي يوسف لا ينعزل بعزل السلطان حتى يأتي قاض آخر صيانة
لحقوق الناس ومثله وصي القاضي اذا عزل نفسه يشترط علم القاضي وينعزل خلفاء القاضي بموته ولا ينعزل امراء
الخليفة ولو قلد رجل قضاء بلدة لها قال اهل ينعزل الاول وعن ابي اليسر لا ينعزل قال في الخلاصة وهو الاشبه ولو
شرط في القضاء شرطا مثل ان لا يمتثل امرا حاما وان لا يرتشي او لا يشرب الخمر صح التقليد والشرط فاذا فعل شيئا
من ذلك انعزل وفي الاقضية القاضي لا يترك على القضاء اكثر من سنة كيلا ينسى العلم ومن حق السلطان ان
يقول حين عزل بلا ريبة لا فساد فيك ولكن اخشى ان تنسى العلم فعد وادرس العلم ثم عد الينا حتى نقلدك
ثانيا ذكره في النهاية السلطان اذا قلد رجلا قضاء بلدة كذا لا يدخل فيها النور ما لم يكتب في منشوره البلدة
والسواد ذكره في الصغرى قال في المحيط وهذا على رواية النوادر يستقيم لان على رواية النوادر المصر ليس
بشرط لنفاذ القضاء فاما على ظاهر الرواية فالمصر شرط لنفاذ القضاء فلا يصير مقلدا على القرى وان كتب في
منشوره القاضي اذا قضى في حادثة بحق ثم ان السلطان ان يسمع هذه الحادثة ثانيا بمشهد من العلماء لا يغير
على القاضي ذلك كذا في الخلاصة وكذا يجوز تقلده من اهل البغي قال في العمادية التقلد من اهل البغي يصح وبمجرد استيلاء
البغي لا ينعزل قضاة العدل ويصح عزل الباغي لهم حتى لو انهزم الباغي بعد ذلك لا ينفذ قضاياهم بعده ما
لم يقلدهم سلطان العدل الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق فلا يجوز التقلد منه لان الفائدة المطلوبة
منه وهو ايصال الحق الى مستحقه لا تحصل وهو ظاهر هذا واذا لم يكن سلطان ولا يجوز التقلد منه كما هو في بعض
بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار في بلاد المغرب كقرطبة الآن وبلنسية وبلاد الحبشة واقروا عندهم على مال يؤخذ
منهم يجب عليهم ان يتفقوا على واحد منهم يجعلونه واليا فيولي قاضيا او يكون هو الذي يقضي بينهم وكذا
ينصب لهم اماما يصلي بهم الجمعة كذا قال ابن الهمام واذا تقلد القضاء ينبغي ان يتقي الله تعالى ويؤثر طاعته ويعمل
لمعاده ويقصد الحق بجهده فيما تقلده ويسأل ديوان قاض قبله يعني اول ما يبتدا به من الاعمال ان يطلب
من القاضي المعزول ديوانه وهو اي الديوان الخرائط التي فيها السجلات والمحاضر والمحضر ما كتب فيه حضور
المتخاصمين عند القاضي وما جرى بينهما من الاقرار والانكار والحكم بالبينة او النكول على وجه يدفع الاشتباه
وكذا السجل وقيل المحضر هو الذي كتب القاضي فيه دعوى الخصمين مفصلا ولم يحكم بما ثبت عنده بل كتبه للتذكر
وغيرهما من كتب الاوقاف وكتب نصب الوصايا والصكوك وتقدير النفقات للايتام وغيرها مما اقتضاه
الحال وانما يطلبه لانها انما وضعت عند القاضي لتكون حجة ووثيقة محفوظة عند القاضي اذا وقعت الحاجة
الى الحجة ومعرفة الاحوال فيجعل عند من له ولاية النظر في احوالهم وما كانت عند الاول الا لانه كذلك ثم ان
كان الذي يكتب فيه القاضي ورقا من بيت المال فظاهر وكذا ان كان من مال ارباب القضايا في الصحيح

ثم اذا اوان كان الامير الظالم منعه عن ... واما اذا كان الامير ... التقليد منه ... ما لانه الحق لا يحور ... كذا في شرح القضاء ... المجمع لابن ملك

لانه رضى به لانه للقاضى لا لانه ملك الذات وقد انتقل القضاء الى القاضى المولى وان كان ملكا للقاضى فكذلك فى
الصحيح لانه اتخذه تدينا ليحفظ به امور الناس وحاجاتهم لا تمولا ويبعث القاضى المولى امينين من ثقاته
وهو احوط والواحد يكفى يقبضان اى الامينان الخرائط بحضرة المعزول او بحضرة امينه اى المعزول ويسألانه
اى يسأل الامينان من المعزول او من امينه شيئا فشيئا لينكشف ما يشكل عليهما ويجتمعان عليه فالحاصل
ان السجلات وغيرها لما كانت موضوعة فى الخرائط بيد المعزول ربما لا يشتبه عليه ما يحتاج اليه وقت الطلب
واما المولى فلم يتقدم له عهد بذلك فان تركت مجتمعة يشتبه على المولى فلا يتصل الى المقصود وقت الحاجة او
يتعسر عليه ذلك فهذا السؤال لكشف الحال لا ليلزم العمل بمقتضى الجواب من القاضى فانه التحق بسائر الرعايا بالعزل
ثم اذا قبضناه ختما عليه خوفا من طرو التغير وان ابى المعزول ان يدفع اليهما النسخ اجبر على ذلك كره فى الاختيار
ويجعلان كل نوع من النسخ فى خريطة على حدة مثلا الصكوك فى خريطة والنفقات فى خريطة وكتب الاوقاف
فى خريطة حتى لا يشتبه على القاضى وليكون اسهل للتناول بخلاف ما اذا خلط الكل فرع الاصل فى المحاضر
والسجلات ان يبالغ فى الذكر والبيان بالصريح ولا يكتفى بالاجمال حتى قيل لا يكتفى فى المحضر ان يكتب حضر فلان
واحضر معه فلانا فادعى هذا الذى حضر عليه ولكن يكتب هذا الذى حضر على هذا الذى احضره معه وكذا
يكتب عند ذكر المدعى عليه لفظ المدعى هذا والمدعى عليه هذا قال الامام النسفى فى نسخته من المحاضر والسجلات
الاشارة فى مواضعها من اهم ما يحتاج اليه فى الدعاوى وكذا لا يكتفى بذكر قوله فشهد كل واحد منهم بعد الاستشهاد
ما لم يذكر عقيب دعوى المدعى هذا وكذا لا يكتفى بذكر قوله عقيب دعوى المدعى من المدعى عليه هذا الا بعد قوله والجواب بالانكار من
المدعى عليه وهذا لازم ولا بد ان يبين تفسير الانكار وهل يشترط ان يقول ان هذا المدعى به فى يد المدعى عليه بغير حق
وينبغى ان يكتب فى السجل حكم القاضى ولفظ الشهادة بتمامها فلا يكتفى بما يكتب فى السجلات ثبت عندى على
الوجه الذى يثبت للحوادث الشرعية وما لم يذكر على وجه لا يفتى بصحة السجل وكذا لا يكتفى بقوله وشهد
الشهود على موافقة الدعوى وذكر الامام النسفى فى نسخته حكاية شمس الائمة الحلوانى مع قاضى عتبة ورده المحاضر
والسجلات بهذا ونقل عن شمس الاسلام انه كان يقول كيف يكتفى بقوله وشهدوا على موافقة الدعوى
والمدعى يقول المدعى به ملكى والشاهد يقول المدعى به ملك المدعى فلا يكون بينهما موافقة قال والمختار فى هذا
الباب ان يكتفى به فى السجلات دون المحاضر لان السجل يرد من حصر آخر فلا يكون فى التدارك حرج ثم الاصل
فى السجلات انه اذا كتب السجل ينبغى ان يكتب قبل النائب والقاضى فلان مأذون بالاستخلاف بحكم المثال
الصحيح هذا فى فوائد شمس الاسلام ويبين اسم السلطان المقلد ونسبه قال هذا فى شروط الامام ظهير الدين
ويكتب اسم المدعى ونسبه واسم المدعى عليه ونسبه لا محالة فلو لم يعرفوا اسم جدهم فكتبوا محمد بن عبد الله
لا يكتفى به وان لم يمكن الوقوف عليه وتحققت الضرورة وفى المعتق لو ذكر محمد بن عبد الله ان علم القاضى
ان الكاتب اعطاه هذا الاسم لا يكتفى به ولا بد من قرينة اخرى وهى ذكر المعتق وغيره وفى نظم الزندويستى
يحتاج الى تاريخ اليوم والشهر فى المحاضر والسجلات الى تاريخ اليوم والشهر وكذا المجلس وذكر الشاهدين بالعدالة
ويذكر اسمهما ونسبهما وحمل الكل ذى حجة على حجة اذا كانت له نسخ من السجلات لا يجعل القاضى كل ذى حجة على
حجة النسب والحكم بشهادة القابلة وفسخ النكاح بالعنة وفسخ البيع بالاباق وتفسيق الشاهد واذا كتب
القاضى فى السجل ثبت عندى ما يثبت به الحوادث الشرعية قال الامام النسفى فى فتاواه هذا ليس بصحيح وما

لم يبين

لم يبين الامر على وجهه لا يفتى بالصحة فلعل القاضى يظن انه ثبت وهو غير ثابت وكذا لو ذكر انهم شهدوا
على موافقة الدعوى لا بد من بيان لفظة الشهادة الكل من الخلاصة وينظر القاضى فى حال المحبوسين فيبعث الى
السجن من يحصيهم ويأتيه باسمائهم واخبارهم ويسأل المحبوس عن سبب حبسه لان القاضى ناظر فى
امور المسلمين وهؤلاء مسلمون محبوسون ولا بد ان يثبت عنده سبب يوجب حبسهم وثبوته عند
الاول ليس حجة يعتمد عليها الثانى فى حبس هؤلاء لان قول الاول لم يبق حجة فمن اقر منهم بحق الزمه اياه ورده
الى السجن الى ان يبلغ المقدار الذى يخرج من السجن عنده اذا لم يثبت له مال او انكر ولكن قامت بينة بالحق
عليه اى على المحبوس بينة والقاضى يعرف الشهود بالعدالة فان لم يعرف عدالتهم اخذ منهم كفيلا واطلقه حتى ينظر
فى حالهم وان ظهرت عدالة الشهود الزمه اى الزم القاضى بذلك الحق على المحبوس ورده الى السجن ان طلبه
الخصم ولا يعمل بقول المعزول بسبب حبسهم لانه التحق بواحد من الرعايا وشهادة الفرد ليست بحجة موجبة للعمل
لا سيما وهو على فعل نفسه وبهذا قال الشافعى ومالك وقال احمد يقبل قوله بعد العزل كما قبل العزل لانه امين
الشرع وعند مالك لا يقبل قوله قبل العزل ايضا الا بحجة وان اى وان لم يقر المحبوس بحق ولم تقم عليه بينة بما يوجب
حبسه ولم يحضر خصم وادعى المحبوس انه لا خصم له وانه محبوس بغير حق لا يعجل باطلاقه لان فعل القاضى ظاهرا
ما كان الا بحق فيحتمل طلب الغائب فينادى عليه وصفته ان يأمر كل يوم اذا جلس مناديا ينادى فى مجلسه كان
يطلب فلان بن فلان المحبوس بحق فليأت الى القاضى يفعل ذلك اياما فاذا حضر وادعى وهو على جحوده ابتدأ
الحكم بينهم وان لم يحضر اخذ منه كفيلا بنفسه اذ لعله محبوس بحق لغائب وامارته انه فى حبس قاض والظاهر انه بحق
فان قال لا كفيل لى وابى ان يعطى كفيلا وجب ان يحتاط نوعا آخر من الاحتياط فينادى شهرا فان لم يحضر احد
اطلقه وهذا معنى قوله ثم يخلى سبيله بعد ما استظهر فى امره وقيل اخذ الكفيل ههنا قولهما اما على قول ابى حنيفة رحمه الله
فلا كما قال فى اصحاب الميراث اذا اقتسموا والمختار اخذ الكفيل ههنا اتفاقا والفرق له ان المال ظاهر احق لهذا
الوارث وفى ثبوت وارث آخر شك فلا يجوز تأخير حقه الى زمان حصول الكفيل لامر موهوم وههنا الظاهر
انه حبسه بحق لظهور ان فعل القاضى بحق ولكنه مجهول فليس اخذ الكفيل لموهوم ولو قيل فيما لنظر الى هذا الظاهر
يجب ان لا يطلقه بقوله انى مظلوم حتى يمضى مدة يطلق فيها مدعى الاعسار كان جيدا ويعمل القاضى فى الودايع
وغلات الوقف الكائنة تحت ايدى امناء القاضى المعزول بالبينة او بالاقرار من ذى اليد لا يعمل بقول المعزول
على من هى فى يده اذا انكر وقال هى لى لما مر انه التحق بواحد من الرعايا بخلاف القاضى لانه هو المخصوص بان يكتفى
بقوله فى الالزام حتى ان الخليفة الذى قلد القاضى لو اخبر القاضى انه شهد عنده الشهود بكذا لا يقضى به حتى
يشهد عنده الخليفة مع آخر والواحد لا يقبل قوله الا ان اقر ذو اليد بالتسليم منه اى الا ان يعترف الذى فى
يده ان القاضى المعزول سلمها اليه فاما ان يقول سلمها الى ولا ادرى لمن هى او يقول سلمها الى وقال هى
لفلان بن فلان وهو الذى اقر له القاضى المعزول ففى هذين يقبل قول المعزول فيها لانه يثبت باقراره
ان اليد فيها كانت للقاضى فيقبل اقرار القاضى فيها كما لو كانت فى يده فى حال اخباره او يقول دفعها الى القاضى
المعزول وهو لفلان وقال المعزول بل لفلان آخر فالقول ما قال المعزول وترفع لمن اقر له لانه اقر باليد للقاضى
فصار كان المال فى يده فاقر به لواحد فاقر به هذا لرجل آخر وفيه يكون القول قوله فكذا ههنا او بدأ بالاقرار
اولا لفلان فقال هو لفلان بن فلان ثم قال دفعها الى القاضى ففى هذا يؤمر بالتسليم الى من اقر له الا من

ويضمن مثله اذا كان مثليا او قيمته للمعزول فيدفعه المعزول الى من اقر له به لانه لما بدا بالاقرار صح اقراره
ولزم لانه اقر بما هو في يده فلما قال دفعه الى القاضي فقد اقر ان اليد كانت للقاضي والقاضي يقر به لغيره فاقر
هو به فيصير متلفا لذلك على من اقر له القاضي باقراره لغيره فيضمنه بهذا واما لو شهد قوم انهم سمعوا القاضي الاول
يقول استودعت فلانا مال فلان اليتيم فجحد من في يده او شهدوا على بيعه مال فلان اليتيم فانه يقبل ويؤخذ
المال لمن ذكره وكذا لو مات الاول واستقضي غيره فشهد بذلك واعلم انه لو شهد شاهدان ان القاضي
قضى لفلان على فلان بكذا وقال القاضي لم اقض بشيء لا يجوز شهادتهما عنده ويعتبر قول القاضي وعند محمد
تقبل وينفذ ذلك ويجلس القاضي للحكم جلوسا ظاهرا كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين في المسجد
ولقولنا قال احمد ومالك في الصحيح عنه وقال الشافعي يكره الجلوس في المسجد للقضاء لان القضاء يحضره المشرك
وهو نجس بالنص قال الله تعالى انما المشركون نجس والحائض وهي ممنوعة عن دخوله ولان المساجد بنيت للصلوة
وللذكر والخصومات تقترن بالمعاصي كثيرا من اليمين الغموس والكذب في الدعاوى ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم
كان يفصل بين الخصوم في المسجد وكذا الخلفاء الراشدون بعده وقال صلى الله عليه وسلم انما بنيت المساجد
لذكر الله تعالى وللحكم واما نجاسة المشرك ففي الاعتقاد على معنى التشبيه لا في الظاهر والحائض تخبر بحالها ليخرج
اليها القاضي او يرسل اليه كما لو كانت الدعوى في دابة فانه يخرج لاستماع الدعوى والاشارة اليها في الشهادة
والجلوس في الجامع اولى روي عن ابي حنيفة ان المسجد الجامع اولى لانه اشهر وارفق للناس ثم الذي تقام فيه
الجماعة وان لم يصل فيه الجمعة قال فخر الاسلام علي البزدوي هذا اذا كان الجامع في وسط البلد اما اذا كان في طرف
منها فلا لزيادة المشقة على اهل الشقة القابلة له فالاولى ان يختار مسجدا في وسط البلد وفي السوق ولو جلس
في داره واذن للناس على العموم في الدخول كان لكل احد حقا في مجلسه ولم يمنع احدا من الدخول عليه بينه
وبين من تقدم ممن كان يجلس معه لو جلس في المسجد حتى يكون البعد من التهمة اذ في الجلوس وحده تهمة الظلم
واخذ الرشوة ويكون الاعوان بالبعد عنه بحيث لا يسمعون ما يكون بينه وبين من تقدم اليه للخصومة فلا باس
به ويستحب ان يجلس معه قريبا منه قوم من اهل الفقه والديانة ولا باس بان يجلس وحده اذا كان عالما
بالقضاء كذا في الاختيار ومتى دخل القاضي المسجد يصلي ركعتين او اربعا ثم يجلس مستدبر القبلة
كما يجلس المدرس والخطيب وهذا في عرفنا اما في عرفهم كان القاضي يجلس مستقبل القبلة كذا في قاضي خان وقد صرح
في القهستاني بان تلك الصلوة مستحبة حيث قال واذا دخل المسجد يستحب ان يصلي التحية ركعتين والاربع
افضل ثم يدعو الله تعالى ان يوفق الحق انتهى وكذا المفتي والفقيه وفي المبسوط ولا يقضي وهو يمشي او يسير على دابة
لانه اذ ذاك غير معتدل الحال ولما فيه من الاستخفاف بالقضاء ولانه مشغول بما هو فيه ولا باس بان يتكي لانه
نوع جلسة كالتربع وغيره وطباع الناس في الجلوس مختلفة ولا ينبغي ان يتطوع الصوم في اليوم الذي يريد
الجلوس ولا يسمع من رجل حجتين فاكثر الآن يكون الناس قليلا ولا يقدم رجلا جاء الآخر قبله ولا يضرب
في المسجد حدا ولا التعزير او ينبغي ان يجلس معه من كان يجالسه قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة الرشوة او
الظلم وروي ان عثمان رضي الله عنه ما كان يحكم حتى يحضر اربع من الصحابة ولهذا يستحب ان يحضر مجلسه جماعة من الفقهاء
او يشاورهم وكان ابو بكر يحضر عمر وعثمان وعليا حتى قال احمد يحضر مجلسه الفقهاء من كل مذهب ويشاورهم
فيما يشكل عليه وفي المبسوط فان دخل في قعودهم عنده حصر او شغله شيء من امور المسلمين جلس وحده فان

طباع الان تختلف فمنهم من يمنعه حشمة الفقهاء من فصل القضاء ومنهم من يزداد قوة على ذلك فاذا كان ممن يدخله
حصر جلس وحده وفي المبسوط ما حاصله انه ينبغي للقاضي ان يعتذر للمقضي عليه ويبين له انه فهم حجته ولكن الحكم
في الشرع كذا يقتضي القضاء عليه فلم يمكن غيره يكون ذلك ادفع لشكايته للناس ونسبته الى انه جار عليه ومن
يسمع يختل فربما تفسد العامة عرضه وهو بريء واذا امكن اقامة الحق مع عدم الاداء الى الشكاية كان اولى ولا
يقبل القاضي هدية لانه انما اهدي له للقضاء ظاهرا فكان اكلا بالقضاء فاشبه الرشوة الا من قريب لانه صلة منه او
ممن جرت عادته بمهاداته قبل القضاء ان لم يكن لهما خصومة ولم تزد على العادة الحاصل ان المهدي اما له خصومة اولا
فان كانت لا تقبل منه وان كان له عادة بمهاداته او ذا رحم محرم ان لم تكن خصومة فان لم تكن له عادة بذلك
قبل القضاء فان زاد لا تقبل الزيادة وذكر فخر الاسلام الا ان يكون مال المهدي قد ازداد فبقدر ما زاد ماله ازداد في الهدية
لا باس بقبولها وهذا يقتضي ان لا يقبل الهدية من القريب الا اذا كان له عادة بالمهاداة كغيره فان لم يكن للقريب
قبل القضاء يفيد قبولها من القريب الذي ليس له عادة بالمهاداة قبل القضاء اذا لم تكن خصومة ثم اذا اخذ الهدية
في موضع لا يباح اخذها قيل يضعها في بيت المال لانها بسبب عمله لهم وعامتهم على انه يردها على اربابها ان عرفهم
والى الوارث في السير الكبير وان لم يعرفهم او عرفهم الا انهم احتى تعذر الرد فهي بيت المال ويكون حكمها حكم اللقطة فان جاء
المالك يوما يعطاها وكل من عمل للمسلمين عملا حكمه في الهدية حكم القاضي وفي شرح الاقطع الفرق بين الرشوة
والهدية ان الرشوة يعطيه بشرط ان يعينه والهدية لا شرط معها انتهى والاصل في ذلك ما في البخاري عن ابي
حميد الساعدي قال استعمل النبي صلى الله عليه وسلم رجلا من الازد على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا لي قال
صلى الله عليه وسلم هلا جلس في بيت ابيه او بيت امه فينظر ايهدى له ام لا قال عمر بن عبد العزيز كانت الهدية على عهد
رسول الله صلى الله عليه وسلم هدية واليوم رشوة ذكره البخاري واستعمل عمر ابا هريرة فقدم بمال فقال له عمر
اين لك هذا قال تناتجت الخيول وتلاحقت الهدايا فقال له عمر اي عدو الله هلا قعدت في بيتك فتنظر ايهدى
اليك ام لا فاخذ ذلك منه وجعله في بيت المال وتعليل النبي صلى الله عليه وسلم دليل على تحريم الهدية التي سببها
الولاية ولهذا لو زاد المهدي على المعتاد او كانت له خصومة كره عندنا وعند الشافعي هو محرم كالرشوة هذا ويجب ان
تكون هدية المستقرض للمقرض كالهدية للقاضي ان كان المستقرض له عادة قبل استقراضه فاهدى الى المقرض فللمقرض
ان يقبل منه قدر ما كان يهديه بلا زيادة ويحضر القاضي الدعوة العامة ولا خصومة له لا يحضر الخاصة وعند محمد يجيب قريبه
وان كانت خاصة هكذا حكى الخلاف الطحاوي وقال الخصاف يجيب الخاصة لقريبه بلا خلاف لصلة الرحم قال شيخ
الاسلام قالوا ما ذكر في الضيافة محمول على ما اذا كان المحرم لم يجر بينهما الدعوة والمهاداة وصلة القرابة واحدث بعد
القضاء ذلك فاذا كانت الحالة هذه فهو كالاجنبي واختلف في الخاصة والعامة فقيل ما دون العشرة خاصة
والعشرة وما فوقها عامة واختار المصنف في الهداية فقال وهي اي الخاصة ما لا يتخذها ان لم يحضره القاضي والعامة
هي ما يتخذها حضرها القاضي او لا وعند ان ما حكى عن القاضي ابي علي النسفي وهو ان العامة دعوة العرس
والختان وما سواها خاصة حسن فان الغالب هو لا الدعوة العامة ما تين وعند الشافعي واحمد يحضر
الولايم مطلقا لانه عليه السلام كان يحضر ولنا ان النبي عليه السلام معلوم العصمة عند الكل لا يضره حضور
ولا قبول هدية وليس هذا اي يحضر الجنازة ويعود المريض المراد مريض لا خصومة له وما لا يعوده وانما
وجب ذلك لما روي عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم حق المسلم على المسلم رد السلام وتشميت العاطس

واجابة الدعوة وعيادة المريض واتباع الجنازة ويتخذ مترجما وكاتبا عدلا مسلما لمعرفته بالفقه لانه اذا لم يكن
عدلا لا يؤمن خيانته واذا لم يكن مسلما لا يؤمن ان يكتب ما لا يقتضيه الشريعة واذا لم يكن فقيها لا يعرف كتبة
السجلات وما يحتاج اليه القاضي من الاحكام ذكره في الاختيار ويقعده حيث يرى ما يكتب ويكتب خصومة كل
منهما وشهادة شهودهما في صحيفة وهي المحضر في عرف الفقهاء بخلاف عرف العادة بمصر ويسوي وجوبا بين الخصمين
اذا حضرا جلوسا حتى بين المسلم واليهودي في مكان الجلوس بلا تقديم وتاخير قيل ان ابا يوسف رؤي في المنام
بعد وفاته فقيل ما فعل الله بك قال نوديت في السر هل ملت الى احد في قضائك فقلت الا مرة واحدة فقال
فكيف قلت الهي تعلم به وقد حضرني خصمان يوما احدهما مسلم والآخر نصراني فاجلست المسلم على الحصير كراماله لايمانه
والنصراني على الارض ذما لكفره فقال هل غيرها فقلت الهي فلو فعلت غير ذلك فلا ترحمني فنوديت صدقت فغفر لي
كذا في النقدة والاب والابن يستويان في حق الجلوس كالاجنبي فان كان احدهما عالما او سلطانا فجلس السلطان
مجلسه والخصم على الارض يقوم القاضي من مكانه ويجلس على الارض ويجلس الخصم مع السلطان حتى لا يكون مفضلا على
الآخر كذا في التاتارخانية واقبالا ونظرا فلا ينظر الى احدهما وكذا عاليا ولا يومئ اليه بما لا يكون في وسعه ان يتمنى بالقلب
ان يظهر حجة احدهما كما في المبسوط ولا يسار احدهما اي لا يتكلم معه سرا لانه ينكسر به قلب الآخر ويسوي بينهما كلاما
كما في السراجية كذا في القهستاني ولا يشير اليه لما روي عن ام سلمة انها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من
ابتلي بالقضاء بين المسلمين فليسو بينهم في المجلس والاشارة والنظر ولا يرفع صوته على احد الخصمين اكثر من الآخر
ولا يضيفه دون الآخر لقول علي رضي الله عنه لخصم ضافه تحول فان النبي عليه السلام نهانا ان يضيف الخصم الا ومعه
خصمه ولا يضحك اليه اي لا يضحك في وجه احدهما يجترئ بذلك على خصمه ولا يمزح معه ولا يلقنه حجة لان ذلك مكسر
لقلب الآخر فيترك حقه ولان في كل ذلك تهمة الميل فيحترز وقال عليه السلام اتقوا مواضع التهم والمستحب باتفاق
اهل العلم ان يجلسهما بين يديه ولا يجلس واحدا عن يمينه والآخر عن يساره لان لليمين فضلا ولذا كان
عليه السلام يخص به ابا بكر دون عمر وفي النوازل والفتاوى الكبرى خاصم السلطان مع رجل فجلس السلطان مع
القاضي في مجلسه ينبغي للقاضي ان يقوم من مقامه ويجلس خصم السلطان فيه ويقعد هو على الارض ثم يقضي بينهما
وبهذه المسئلة يظهر ان القاضي يصير قاضيا على السلطان الذي ولاه والدليل عليه قصة شريح مع علي فانه قام واجلس
عليا مجلسه وينبغي للخصمين ان يجثوا بين يديه ولا يتربعان ولا يقعيان ولو فعلا ذلك منعهما القاضي تعظيما
للحكم كما يجلس المتعلم بين يدي المعلم تعظيما له ويكون بعدهما قدر ذراعين او نحو ذلك من غير ان يرفعا اصواتهما قالوا
وهو احسن لانه موافق لفعله عليه السلام ويقعد اعوان القاضي بين يديه ليكون اهيب ويكره للقاضي تلقين الشاهد
بقوله اتشهد بكذا او ما سله ان يقول له القاضي كلاما يستفيد به علما لانه اعانة في شرح ادب القاضي لا يجوز ان يقول
له كيف تشهد لانه شبه التلقين بل يقول بم تشهد عليه الائمة الثلاثة واستحسنه اي التلقين ابو يوسف وهو
رحمه الله فيمن لا يستريب القاضي به لمن استولته الحيرة او الهيبة فترك شيئا من شرائط الشهادة فيعينه بقوله اتشهد بكذا
وكذا بشرط كونه في غير موضع التهمة وذلك فيما لا يستفيد بتلقينه زيادة علم اما فيها بان ادعى المدعي الفا وخمسمائة
والمدعى عليه ينكر خمسمائة والشهود شهد بالف فيقول القاضي يحتمل انه ابرأه من الخمسمائة واستفاد الشاهد بهذا ذلك
علما فوفق به في شهادته كما وفق القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق كما في تلقين احد الخصمين وفي المبسوط ما قاله
غير مثلا ان القاضي منهي عن اكتساب ما يجر اليه تهمة الميل وتلقين الشاهد لا يخفيه وقول ابي يوسف رخصته

فانه لما

فانه لما ابتلي بالقضاء شاهد الحصر عند اداء الشهادة لان مجلس القضاء مهاب فيضيع الحق اذا لم يعنه على اداء
الشهادة قال في الهداية ومكان تلقينه احياء للحق بمنزلة الاشخاص والتكفيل اشهر الاشخاص بعوار سال شخص
ليأتي بخصمه يقال شخص من بلد الى بلد اذا ذهب من حد منع قيل هو اخير قولي ابي يوسف وتسميته بالاستحسان دليل
على انه مختار المص وهذا بناء على ان قوله استحسنه له دليل الاستحسان الاصطلاحي وقد لا يلزم ويكفي كونه آخر دليله
في ذلك كذا في فتح القدير وينبغي ان يفتي بقول ابي يوسف لانه اكثر مهارة في مسائل القضاء كما تقرر ولا يكره تلقين
احد الشاهدين الآخر بالاجماع كذا في القهستاني ولا يبيع ولا يشتري قال قاضي خان لا ينبغي للقاضي ان يبيع
ويشتري بنفسه بل يفوض ذلك الى غيره وعن محمد انه لا بأس ان يفعل في غير مجلس القضاء والصحيح انه لا يفعل لا في
مجلس القضاء ولا في غيره لان الناس يتساهلون لاجل القضاء اشهر تعلم بذلك ان قوله في مجلسه على مذهب
محمد وبقول ابي حنيفة قالت الائمة الثلاثة وعن احمد يتخذ وكيلا لا يعرف انه وكيل القاضي تحرزا عن المحاباة وشرط
شريح على عمر حين ولاه ان لا ابيع ولا اشتري ولا ارتشي وقال بعض اشياخ المالكية ينبغي للقاضي ان يترفع
عن طلب العواري من الماعون والدابة وما اشبه ذلك ولا يمازح واحدا منهم لانه يذهب بمهابة القضاء وينبغي
للخصوم اذا وصلوا ان لا يسلموا على القاضي فان سلموا لا يجب على القاضي رد سلامهم فان رد يقتصر على قوله
وعليكم ويخرج في احسن ثيابه فان عرض له اي للقاضي هم اي غم او نعاس او مقلقة نوم او غضب او فرح
او عطش او جوع او شدة برد او حر او مدافعة الاخبثين او حاجة الى الجماع ونحوه مما يشغله كف عن القضاء
حتى قضى الوطر عن ذلك والحاصل انه لا ينبغي ان يقضي حال شغل قلبه واصله حديث لا يقضي القاضي وهو غضبان
معلول به واذا تقدم اليه اي الى القاضي الخصمان كما هو اللائق لهما في الفتاوى من اراد ان يستوفي حقوقه من باب
السلطان ولا يذهب الى القاضي فهو مطلق فيه شرعا ولكن لا يفتي به الا اذا عجز عن باب القاضي ولبعض مشايخ
زماننا انما يطلق له في ذلك اذا ذهب الى القاضي وعجز عن الاستيفاء من جهته آحالوا ارادوا الذهاب الى باب السلطان
اولا لا يطلق له في ذلك وبه يفتي واذا ذهب الى باب السلطان والتمس بجوب داره لاحضار خصمه واخذ جوب
داره من خصمه زيادة على الرسم هل للخصم ان يرجع بالزيادة على المدعي ينظر ان ذهب المدعي الى القاضي ولا وعجز عن
استيفاء حقه من جهة القاضي لا يرجع الخصم بالزيادة على المدعي وان لم يذهب الى القاضي قال يرجع ثم اذا احضر المدعي خصمه
مجلس القضاء فالقاضي يأمر المدعي باعادة البينة على تمرده فان اعاد البينة عاقبه على ما صنع من التمرد واساءة الادب
وكذا لو كان المدعي في الابتداء قال احضر فلم يحضر الا انه يعاقبه في هذه الصورة دون ما يعاقبه في الصورة الاولى
كذا في الخزانة فان اي فالقاضي بالخيار ان شاء ابتداء وقال لهما ما لكما وان شاء سكت حتى يبتدئاه بالنطق
وبعض القضاة يختار السكوت ولا يكلمهما بشيء غير ما بينهما واذا تكلم احدهما اسكت القاضي الآخر حتى يفهم
حجته لان في تكلمهما معا شغبا وقلة حشمة لمجلس القضاء ثم يستنطق الآخر وان لم يسأل المدعي عن ذلك وقيل لا
الا بعد سؤال المدعي بان يقول اسأله لكن يتفكر في الدعوى ليظهر له صحتها والا قال له قم فصحح دعواك واذا صحت
الدعوى يقول فما ذا تريد ان اصنع فان قال ريد جوابه يسأله والاصح عنده انه يستنطقه ابتداء للعلم بالمقصود
واذا كانت الخصومة بين النساء والرجال فلا بد من تقدمهن معهم واختار محمد ان يتقدم في الدعوى الاول فالاول
ويقنع على ذلك اعينا لا يرتشي يعرف السابق ويكتب على باب القاضي ولا يكون عنده طمع ولو اشكل السابق
يقرع بينهم ولا يستعجل الخصوم بل يمهل معهم فان بالعجلة تنقطع الحجة ويذهل عنها ولهذا لا يخوفهم فيكون

مهيبا لا يخافه الناس وانكر الائمة ما رأوا من اخذ بواب القاضي شيئاً ليمكنه من الدخول وهو يعلم قالوا هو فساد عظيم ليس لاحد عليه ان يمنع احداً من التقدم الى القاضي فى حاجته والمأخوذ على ذلك رشوة محرمة وعلى هذا يقاس حال الذى يسمى فى زماننا نقيب القاضى قيل وينبغى ان يقوم بين يديه على البعد والشهود يقرب من القاضى واعلم ان القيام بين يدى القاضى للخصومة مالم يكن معروفا بل ان يجلسهما على ما ذكرنا فهذا ايضا من المحدثات لما فيه من الحاجة وعن ابن عمر انه كان اذا سافر استصحب رجلاً يُعلى الادب فقيل له فى ذلك فقال اما علمت ان الشر بالشر يدفع والمقصود ان الناس يختلفوا الاحوال والآداب وقد حدث وحدث فى هذه الازمان امور وسفها فيعمل مقتضى الحال مراداً به الخير لا حشمة النفس المؤدى الى الاعجاب ولا حول ولا قوة الا بالله ويستحب ان يكون فيه عبسة بلا غضب وان يلتزم التواضع فى غير وهن ولا ضعف ولا يترك شيئاً من الحق الكل من فتح القدير وذكر فى لطائف الاشارات فى كتاب الرجوع عن شهادته الكافى القاضى بتأخير الحكم اثم وعزل وعزر انتهى قال الامام السرخسى فى مبسوطه وان طمع القاضى ان يصطلح الخصمان فلا بأس بان يردهما ويؤخر تنفيذ الحكم بينهما لعلهما ان يصطلحا الحديث عمر رضه قال ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يورث بين القوم الضغائن وفى رواية ردوا الخصوم من ذوى الارحام ولا ينبغى له ان يردهم اكثر من مرة او مرتين ان طمع لان فى الزيادة على ذلك اضرارا لصاحب الحق وان لم يطمع فى الصلح انفذ القضاء بينهم لانه انتصب لذلك وان انفذ القضاء بينهم من قبل ان يردهم فهو فى سعة من ذلك وليس بواجب عليه ردهم وانما الواجب عليه ما قلد من العمل وهو القضاء بالحجة وقد اتى بذلك كذا فى حاشية اكمل العناية لسعدى چلبى **فصل فى الحبس**

اعلم ان احكام القضاء كثيرة فذكر منها ما ذكر ومنها الحبس الا انه اختص باحكام كثيرة فافرده بفصل على حدته والحبس مشروع بالكتاب لانه المراد بالنفى المذكور بقوله تعالى او ينفوا من الارض وبالسنة لانه عليه السلام حبس رجلا فى تهمة وذكر الخصاف ان ناسا من اهل الحجاز اقتتلوا فقتلوا بينهم قتيلا فبعث اليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فحبسهم ولم يكن فى عهده عليه السلام وابى بكر سجن انما كان يحبس فى المسجد او الدهليز حتى اشترى عمر رضى الله عنه دارا بمكة باربعة آلاف درهم واتخذه محبسا وقيل بل لم يكن فى زمن عمر ولا عثمان ايضا الى زمن على فبناه وهو اول سجن بنى فى الاسلام قال فى الفائق ان عليا رضه بنى سجنا من قصب فسماه نافعا فنقبه اللصوص وتسيب الناس منه ثم بنى سجنا من مدر فسماه مُخَيّساً واذا ثبت الحق للمدعى عند القاضى وطلب المدعى حبس خصمه شرط الطلب منه لان الحبس حقه فلا بد من طلبه فان ثبت الحق بالاقرار لا يحبسه الا اذا امره بالاداء فابى يعنى لا يعجل القاضى بحبسه حتى يأمره بدفع ما عليه فلم يدفع لان الحبس جزاء المماطلة ولم تظهر بمجرد ثبوت الحق بالاقرار اذ لعله فى الامهال فلم يستصحب المال وانما تظهر اذا امره بعد اقراره فامتنع وان ثبت الحق بالبينة حبسه كما ظهرت المماطلة بانكاره قبل الامر بالدفع وفى الفوائد الظهيرية وعن شمس الائمة السرخسى عكس هذا وهو انه اذا ثبت بالبينة لا يحبسه لاول وهلة لانه يعتذر بانى ما كنت اعلم ان على دينا له بخلافه بالاقرار لانه كان عالما بالدين ولم يقضه حتى احوجه الى شكواه وعلى قول الخصاف لا يحبسه حتى يأمره بالاقرار والبينة والبدائة ر بقوله وقيل لا يحبسه فان امتنع بعد امره باداء الحق وادعى الفقر حبسه فى كل ما اى حق لزمه بدل مال حصل فى يده كالثمن اى كثمن المبيع والقرض لانه اذا ثبت المال فى يده ثبت غناه به اذ المراد من الغنا ههنا القدرة على الايفاء والا فالدين قد يكون دون النصاب مع انه يحبس به حتى بدا نوى او بالتزامه بعقد كالمهر المعجل بخلاف المؤجل وبدل الكتابة والكفالة وبدل الخلع ونحوه لان مباشرة ما يلزم ذلك المال دليل القدرة عليه فيحبسه ولا يسمع قوله انى فقير لانه كالمناقض لوجود دلالة اليسار لا يحبسه فيما عدا ذلك المذكور

طع م

من هذين

من هذين النوعين من الدين اذا قال انى فقير وذلك مثل ضمان المتلفات واروش الجنايات ونفقة الاقارب والزوجات واعتاق العبد المشترك الا اذا برهن خصمه ان له مالا فيحبسه حينئذ لانه ثبت قدرته على اداء الدين المدعى به هكذا ذكر فى الكتاب ويروى ان القول لمن عليه فى جميع ذلك اى فيما كان بدل مال او لزمه بعقد او حكما بفعله لا بعقده كالاتلاف وضمان الغصب وهو قول الخصاف لان الاصل هو العسرة فى حق كل احد لانه خلق عليهم المال ولهذا قال اذا ثبت الحق فلا يحبسه حتى يسأله الكفيل او لا فان قال لا استحلفه فان نكل حبسه وان حلف اطلقه الا ان يقيم المدعى البينة على قدرته وعندنا يحبسه ولا يسأله فان قال انا فقير حينئذ ينظر ويروى ان القول للمديون الا فيما بدله مال كالقرض وثمن المبيع بخلاف المهر والكفالة فان القول فيهما قول المدعى ونسب الخصاف هذا القول لابى حنيفة وابى يوسف ومن العلماء من قال يحكم الزى ان كان بزى الفقراء فالقول قوله فى الفقر الا ان يثبت المدعى قدرته وان بزى الاغنياء فالقول للمدعى الا فى الفقهاء والعلوية والعباسية لا يحكم الزى فيهم لانهم يتكلفون فى لباسهم مع فقرهم وحاجتهم وعلى هذا القول لو كان على المطلوب زى الفقراء فادعى المدعى انه غير زيه وقد كان عليه زى الاغنياء جعل القول قول المدعى فان لم يقدر على البيان حكم زيه فى الحال فيجعل القول قول المديون وكلما تعارضت بينة اليسار والاعسار قدمت بينة اليسار لان معها زيادة علم الا ان تدعى المدعى انه موسر وهو يقول اعسرت بعد ذلك واقام بذلك بينة فانها تقدم لان معها علما بامر حادث وهو حدوث ذهاب المال ويحبسه اى القاضى المديون فيما اذا كان القول للمدعى ان له مالا او ثبت ذلك بالبينة لظهور ظلمه فى الحال ذكر فى القهستانى ان اجرة السجان والسجن على رب الدين مدة يغلب على ظنه اى على ظن القاضى انه لو كان له اى للمديون مال لاظهره ان كان يخفيه هو الصحيح ذكره هشام عن محمد نحوه وكذا الصدر الشهيد وقيل يحبسه شهرين او ثلاثة اشهر وهو رواية محمد عن ابى حنيفة فى كتاب الحوالة والكفالة ويروى شهرا وهو اختيار الطحاوى وروى اربعة اشهر الى ستة اشهر وهو رواية الحسن عن ابى حنيفة وجه الصحيح ان التقدير فى هذا غير معتبر بل هو مفوض الى راى القاضى اذ المقصود بالحبس ان يضجر قلبه فيقضيه ان كان له مال وهذا يختلف باختلاف الناس ان غلب على ظن القاضى بعد مدة انه لو كان له مال فرج عن نفسه سأل عنه جيرانه واهل الخبرة به فان شهد عنده شاهدان انه قادر على قضاء الدين ابد حبسه وان قالوا انه ضيق الحال اطلقه وهذا معنى قوله فان لم يظهر له مال خلى سبيله الا ان يبرهن خصمه على يساره فيؤبد حبسه ولو اراد ان يسأل قبل انقضاء مدة الحبس كان له ذلك واما السؤال قبل الحبس وقبول بينة الاعسار ففيه اختلاف الرواية عن محمد فى رواية تقبل قبل الحبس وبه افتى محمد بن الفضل واسمعيل بن حماد بن ابى حنيفة وهو قول الشافعى واحمد والاكثر على انها لا تقبل قبل الحبس وهو قول مالك وهو الصحيح واشار اليه المص بقوله ولا يسمع البينة على اعساره قبل حبسه عليه عامة المشائخ فان بينة الاعسار بينة على النفى فلا تقبل حتى تتأيد بمؤيد وبعد مضى المدة تأيدت اذ الظاهر انه لو كان له مال ما تحمل ضيق السجن وحرارته واعلم ان سؤال القاضى بعد المدة للاحتياط والا فبعد مضى المدة التى يغلب ظن القاضى انه لو كان له مال دفعه وجب اطلاقه ان لم يقم المدعى بينة يساره من غير حاجة الى سؤال كذا فى فتح القدير هذا اذا كان امره مشكلاً اما اذا كان فقره ظاهراً عند الناس فعند القاضى يسأل القاضى عنه عاجلاً ويقبل البينة على الافلاس ويخلى سبيله بحضرة خصمه كذا فى دعوى قاضيخان وقضاء الخلاصة ولو طلب المديون يمين المدعى انه ما يعلم انه معسر حلف وان نكل اطلقه ولو قبل الحبس وان حلف

ابدا حبسه ما لم تقم بينة على حدوث عسرته قال ابو القاسم في كيفية شهادة الاعسار ان يقول الشهود انه مفلس لا نعلم له مالا سوى كسوته التي عليه وثياب ليله وقد اختبرنا امره سرا وعلانية بخلاف ما اذا مضت المدة فانه يكفي الواحد العدل في اخباره بالعسرة والاثنان احوط ولا تشترط فيها لفظة الشهادة ذكره في باب الحبس في كفالة شيخ الاسلام وفي الجامع الصغير رجل اقر بدين عند القاضي فانه يحبسه ثم يسأل عن حاله فان كان موسرا ابد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله ومراده اذا اقر عند غير القاضي او عنده مرة وظهرت مماطلته انتهى انما ذكره لما في ظاهره من المخالفة لما قدمه من قوله اذا ثبت الدين بالاقرار لا يحبسه في اول الوهلة فان هذا ظاهر في وصل الحبس باقراره فذكره ليأوله بقوله ومراده اذا اقر عند غير القاضي او عنده مرة وظهرت مماطلته فترافعا الى القاضي فانه يحبسه بمجرد جوابه انه لم يعطه الى الآن شيئا ويحبس الرجل لنفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع ويتحقق ذلك بان تقدمه في اليوم الثاني من يوم فرض النفقة وان كان مقدار النفقة قليلا كالدانق اذا رأى القاضي ذلك فاما بمجرد فرضها لو طلبت حبسها لم يحبسه لان العقوبة يستحق بالظلم والظلم بالمنع بعد الوجوب ولم يتحقق وهذا يقتضي بانه اذا لم يعوض لها ولم ينفق الزوج عليها في يوم ينبغي اذا قدمته في اليوم الثاني ان يأمره بالانفاق فان رجع فلم ينفق اوجعه عقوبة وان كانت النفقة سقطت بعد الوجوب فهو ظالم لها لا يحبس والد في دين ولده لانه عقوبة ولا يستحق الوالد عقوبة لاجل الولد لان التأفيف لما حرم كان الحبس حراما لانه فوقه ولهذا لا يحد له اذا قذفه ولا تقتص منه اذا قتله الا ان ابى الوالد ما لانفاق عليه اي على الولد فانه يحبس وكذا كل من وجبت عليه النفقة فابى عن الانفاق ابا كان او اما او جدا لان في ترك الانفاق سعيا في هلاكهم ويجوز ان يحبس الوالد القاصد الى اهلاك الولد وفي الذخيرة ولا العبد لا يحبس لمولاه لان المولى لا يستوجب عليه دينا ولا المولى لعبده الماذون غير المديون لان كسبه لمولاه فكيف يحبس فان كان عليه دين حبس لانه للغرماء في التحقيق ويحبس مولى المكاتب اذا لم يكن دينه من جنس بدل الكتابة لان في الحبس له حق اخذه فاذا اخذ يلتقيان قصاصا وفي غير جنسه لا تقع المقاصة والمكاتب يحبس لكل دين له في حق المطالبة فيحبس لمطلقه اما المكاتب فلا يحبس بدين الكتابة لمولاه لانه بالامتناع لا يصير ظالما ولو كان عليه دين غير بدل الكتابة يحبس فيه لانه لا يتمكن من فسخ ذلك الدين هو ظاهر الرواية وعن بعض مشايخنا هما سواء لانه يتمكن من اسقاطه بتعجيز نفسه فيسقط الدين عنه لان المولى لا يستوجب على عبده دينا وفي ظاهر الرواية ان بدل الكتابة صلة من وجه بخلاف سائر الديون ولو مرض المحبوس يحق في الحبس لا يخرج ان كان له من يخدمه فيه والا اي وان لم يجد من يخدمه واضناه اخرج من الحبس هكذا روي عن محمد هذا اذا كان الغالب هو الهلاك وعن ابي يوسف انه لا يخرجه والهلاك في السجن وغيره سواء والفتوى على رواية محمد وانما يطلقه بكفيل فان لم يجد الكفيل لا يطلقه فان كفل رجل واطلقه فحضرة الخصم ليس بشرط وفي تنور ولا يخرج الى الحمام وفي كفالة الاصل لا يضرب المديون ولا يغل ولا يقيد ولا يخوف ولا يقام بين يدي صاحب الحق اهانة ولا يواجر وفي المنتقى يقيد المديون اذا خيف الفرار ولا يخرج المحبوس لجمعة ولا عيد ولا حج ولا صلوة لجنازة ولا عيادة مريض ويحبس في موضع وحش لا يبسط له فرش ولا وطاء ولا يدخل عليه احد ليستأنس به ذكره الامام السرخسي وفي الاقضية انه لا يمنع من دخول الجيران واهله عليه لانه يحتاج للمشورة معهم لاجل الدين ولا يمكنون من المكث طويلا معه حتى يستأنس بهم وعن محمد يخرج في موت ولد او والد اذا لم يجد احدا يغسله ويكفنه اما اذا كان ثمة من يقوم به لا يخرج وفي غير الوالدين والمولودين

لا يخرج

لا يخرج مطلقا وفي الفتاوى للقاضي وقيل يخرج بالكفيل لجنازة الوالدين والاجداد والجدات والاولاد وفي غيرهم لا يخرج وعليه الفتوى كذا في الملاحقة ولا يمكن المحبوس ان يحترف من اشتغاله فيه اي في الحبس هو الصحيح قال فخر الاسلام هل يمنع من الكسب اختلف المشايخ فيه والاصح انه يمنع ولو خاف ان يفر من السجن يحول الى سجن اللصوص والمحبوس اذا حبس في السجن متعنتا يطين الباب ويترك ثقب ويعطي له الخبز والماء وفي فتاوى الصغرى لو قال المديون ابيع عبدي هذا واقضي الدين عنه لا يحبه القاضي ويؤجله يومين او ثلاثة فان كان له عقار يحبسه ليبيع ويقضي الدين وان كان لا يشتري الا بثمن قليل عن محمد انه لو وجد المديون من يقرضه فلا يستقرض فهو ظالم رب الدين اذا اراد ان يطلق المديون من الحبس من غير اذن القاضي له ذلك كذا في الملاحقة ويمكن المحبوس من وطي جاريته زوجته او هو ان كان فيه خلوة فيطأها بحيث لا يطلع عليه وقيل يمنع منه لان الجماع ليس من الحوائج الاصلية واذا تمت المدة ولم يظهر له مال خلى سبيله ذكره المصنف فيما سبق ليتعلق بها الاستثناء وههنا ليترتب عليه قوله فلا يحول بينه اي المديون وبين غرمائه حفظا لحقه قال في دعوى قاضي خان وبعدما خلى سبيله هل لصاحب الدين ان يلازمه اختلفوا فيه والصحيح ان له ان يلازمه للحديث المشهور لصاحب الحق يد ولسان قالوا اراد باليد الملازمة انتهى بل يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر ويأخذون فضل كسبه من قوته وقوت عياله يقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة والملازمة ان يدوروا معه حيث دار ولا يجلسه في موضع لانه حبس فان دخل داره لحاجته لا يتبعونه بل يجلسوا على الباب الى ان يخرج لان الانسان لا بد ان يكون له موضع خلوة ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه ابلغ في حصول المقصود لاختياره الاضيق عليه الا اذا علم القاضي ان يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بان لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه كذا في الهداية ولو كان الدين لرجل على امراة اجنبية لا يلازمها لاستلزامها الخلوة مع الاجنبية بل يبعث امراة امينة تلازمها هذا عنده وقالا اذا فلسه الحاكم يحول بينه وبين غرمائه الى ان يبرهنوا ان له مالا لان الخلاف مبني على ما في الزكوة من صحة القضاء بالافلاس وعدمها فيصح عندهما فيستحق الانظار وعنده لا يصح لان الافلاس لا يتحقق فان المال غاد ورائح وسيأتي تفصيل ثمرات الخلاف في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى قال في المختار ولا يحجر على المديون فان طلب غرماؤه حبسه حتى يبيع ويوفي الدين فان كان ماله دراهم او دنانير والدين مثله قضاه القاضي بغير امره لان رب الدين له اخذه بغير امره فالقاضي يعينه عليه فان كان احدهما دراهم والآخر دنانير او بالعكس باعه القاضي في الدين والقياس ان لا يبيعه كالعرض لانه نوع حجر وجه الاستحسان انهما كجنس واحد نظرا الى الثمنية والمالية وعدم التعيين بخلاف العروض لانها متباينة للديون من كل وجه والقرض يتعلق بعين العروض دون الاثمان فافترقا ولا يبيع العروض ولا العقار لانه حجر عليه وهو تجارة لا عن تراض وقالا يبيع وعليه الفتوى ثم التفريع على اصلهما انه يباع في الدين النقود ثم العروض ثم العقار لما فيه من المسارعة الى قضاء الدين مع مراعاة المديون ويترك له ثياب بدنه دستا او دستان وان اقر في حال الحجر بمال لزمه بعد قضاء الديون لان هذا المال تعلق به حق الاولين ولانه لو صح في الحال لما كان في الحجر فائدة حتى لو استفاد مالا بعد الحجر نفذ اقراره فيه لانه لم يتعلق به حقهم ولو استهلك مالا لزمه في الحال لانه مشاهد لا راد له وينفق من ماله عليه وعلى زوجته واولاده الصغار وذوي ارحامه لانها من الحوائج الاصلية وانها مقدمة على حقهم ولو تزوج امراة فهي في مهر مثلها اسوة للغرماء كذا في مجمع الاختيار وذكر في كفالة الاصل يحبس في الدراهم او اقل من ذلك وفي كتاب النفقة لشمس الائمة

الحلواني يحبس بدانق الصبي المحجور لا يحبس بدين الاستهلاك ولكن يحبس الوصي او ابوه وان لم يكن له اب ولا
وصي يأمر القاضي رجلا حتى يبيع ماله في الدين والدعّار يحبسون حتى يعرف توبتهم ويحبس الكفيل وكفيل الكفيل وان
كثر ويحبس في الحدود والقصاص في مدة التزكية وفي الملتقى رجل جرح رجلا هل يحبس فقيل يبرأ ان كان الجرح فيه القصاص
حبس وان لم يكن فيه قصاص ان برئ لم يحبس ويستوثق منه وفي النوازل خصمان تشاتما بين يدي القاضي
فنهاهما فلم ينتهيا له ان يحبسهما او يعزرهما كيلا يقتدي بهما غيرهما فيذهب حرمة مجلس الحكم فان عفى نحن وان
فعل احدهما لصاحبه ما لم يطالب خصمه لا يعزره رجل يشتم الناس ان كان ذلك مرة وعظ وان كان شتاما
ضرب وحبس حتى يترك ذلك رجلان لهما على رجل دين الا ان لاحدهما اكثر فلصاحب القليل ان يحبس وليس
لصاحب الكثير ان يمنعه ولو حبساه ان اراد احدهما اطلاقه فللآخر ان يمنعه القاضي اذا اطلق المحبوس بسبب
الافلاس فادعى عليه رجل مالا وادعى انه معسر لا يحبسه القاضي حتى يعلم غناءه وفي التتمة اذا طلب المدعي من القاضي
ان يأخذ من المدعى عليه كفيلا وابى المدعى عليه اعطاء الكفيل فالقاضي يأمر المدعي بملازمته ولا يمنع من الدخول في بيته
لغائط او غداء الا اذا اعطى المدعي غداءً واعد موضعا للغائط وان كان المديون يمكنه العمل ولا يمنعه
اللزوم من ذلك بان كان عمله السقي له ان يلازمه الا اذا اعطاه نفقته ونفقة عياله فحينئذ له ان يمنعه عن العمل كذا
في الخلاصة فصل في كتاب القاضي الى القاضي وهذا ايضا من احكام القضاء غير انه لا يتحقق في الوجود الا
بقاضيين فهو كالمركب بالنسبة الى فعل التحسين فاخر عنه واعلم ان العمل بكتاب القاضي الى القاضي مخالف للقياس
لانه لا يزيد على اخباره بنفسه والقاضي لو اخبر قاضي البلد الاخرى بانه ثبت عنده ببينة قبلها حق فلان الكائن
في بلد القاضي الاخر لم يجز العمل به لان اخبار القاضي لا يثبت حجة في غير محل ولايته فكتابه اولى ان لا يعمل به لكنه
جاز باجماع الصحابة والتابعين لحاجة الناس الى ذلك وهو النجح عن الجمع بين الخصوم والشهود وقيل اصله
ما روى الضحاك بن سفيان انه عليه السلام كتب اليه ان ورث امرأة اشيم الضبابي من دية زوجها رواه ابو
داود والترمذي واجمع الفقهاء عليه اذا شهدوا عند القاضي على خصم حاضر حكم بها [illegible] يعني بلفظ القاضي
بسبب الشهادة بقول مخصوص وهو قضيت على فلان لفلان بكذا او مثله حكمت او انفذت وكذا اثبت عنده
او ظهر او صح على الصحيح كما في الفصولين وذكر في كفاية الشروط ان حكمت معناه رتب عليه الاحكام وفائدته
اعلام من له الحق بحقه او تمكنه من الاستيفاء كما في حدود الكافي فلو قال ابطلت حكمي او رجعت عن قضائي او وقفت
على تلبيس الشهود لم يعتبر كما في الخزانة كذا في القهستاني والمراد بالخصم الحاضر من كان وكيلا من جهة المدعى عليه او مسخرا
وهو من ينصبه القاضي وكيلا عن الغائب ليسمع الدعوى عليه والا لو اراد بالخصم المدعى عليه نفسه لم يبق
حاجة الى الكتاب الى القاضي الآخر لان الخصم حاضر عند هذا القاضي وقد حكم عليه واذا حكم بها كتب الى قاضي البلد
التي فيها الموكل ليقضي منه الحق بالحكم للامضاء قاضٍ آخر كما اذا ادعى رجل على رجل الفا واقام بينة وحكم بها ثم اصطلحا
ان يأخذه منه في بلد آخر وخاف ان ينكر وكتب به للامضاء قاضي ذلك البلد وكما اذا غاب المدعى عليه بعد
الحكم فجحد ولم يسلم حقه فيطلب المدعي من القاضي ان يرسل الى قاضي بلدة فيها خصمه كتابا ويذكر فيه حكمه لينفذه ويأمر
بتسليم حقه كذا في التبيين والكفاية وهذا الكتاب المتضمن للحكم هو السجل اي هو المدعو بالسجل في عرفهم
وهو كتاب الاقرار ونحوه وذكر في كفاية الشروط ان احدا اذا ادعى على آخر فالمكتوب المحضر واذا اجاب الآخر
واقام البينة فالتوقيع واذا حكم فالسجل فان شهدوا على خصم غائب كان في محل آخر او قرية او بلدة

ويشترط

ويشترط في ظاهر الرواية مسيرة السفر كما في المغني وعن ابي يوسف يجوز فيما لا يرجع في يومه وعليه الفتوى
كما في الخزانة كذا في القهستاني لا يحكم لانه قضاء على الغائب بل يكتب بها اي بالشهادة الى القاضي الآخر
ليحكم المكتوب اليه بها وهو القاضي الآخر وهو يسمى كتاب القاضي الى القاضي وهو ما يكتب فيه شهادة
الشهود على غائب بلا حكم والكتاب الحكمي في عرفهم انما نسبوه الى الحكم باعتبار ما يؤول اليه وهو نقل الشهادة
الى ذلك القاضي في الحقيقة وسيأتي شروط الحكم من القاضي الثاني به والفرق بين الكتاب بين السجل يلزم
العمل وان كان المكتوب اليه لا يرى ذلك الحكم لصدور الحكم في محل مجتهد فيه والكتاب الحكمي لا يلزم اذا
كان يخالفه لانه لم يقع حكم في محل اجتهاد فله ان لا يقبله ولا يعمل به ويقبل اي كتاب القاضي الى القاضي في كل ما لا
يسقط بالشبهة كالدين فانه يعرف بالقدر والوصف ولا يحتاج فيه الى الاشارة فصورة الدين اذا شهدوا
على فلان بن فلان الفلاني ان يكتب كما ذكره الحسن في المجرد من فلان قاضي كورة كذا الى فلان قاضي كورة
كذا سلام عليك فاني احمد اليك الله الذي لا اله الا هو اما بعد فان رجلا اتاني يقال له فلان بن فلان
وذكر ان له حقا على رجل في كورة كذا ولم يذكر في المجرد يقال له فلان بن فلان الفلاني ولا بد منه وسألني ان
اسمع بينة واكتب بما يستقر عندي من ذلك فسألته البينة فاتاني بعدة منهم فلان وفلان وفلان بحليتهم
ونسبهم فشهدوا عندي ان لفلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان الفلاني كذا وكذا درهما دينا
حالا وسألني ان احلفه بالله ما قبض منها شيئا ولا قبضه له قابض بوكالة ولا احال بشيء منها وحلفته فحلف بالله
الذي لا اله الا هو ما قبض من هذا المال الذي قامت به البينة عندي ولا قبضه له وكيل ولا احاله ولا قبضه له قابض
وانه له عليه فسألني ان اكتب له كتابا اليك بما استقر عندي من ذلك فكتبت اليك هذا الكتاب واشهدت
عليه شهودا انه كتابي وخاتمي وقرأته على الشهود قال ثم يطوي الكتاب ويختم عليه فان ختم عليه شهوده
فهو اوثق ثم يكتب عليه عنوان الكتاب من فلان قاضي كورة كذا ثم يدفعه الى المدعي فاذا اتى به المدعي القاضي
الذي بالكورة فذكر ان هذا كتاب القاضي اليه سأله البينة على كتاب القاضي ولا ينبغي ان يسمع بينة المدعي
حتى يحضر الخصم فاذا احضره وانه فلان بن فلان الفلاني قبل بينته وسمع منه فان انكر قال ايجئني بالبينة
ان هذا فلان بن فلان الفلاني فاذا جاء بها وعدلوا سمع بينة المدعي على ان هذا كتاب القاضي الذي ذكر
فيقول لهم اقرأه عليكم ما فيه فاذا قالوا قرأه علينا واشهدنا ان هذا كتابه وختمه فاذا سمع منهم لا يفك
الخاتم حتى يسأل عنهم فاذا عدلوا لم يفكه ايضا حتى يحضر الخصم فاذا احضر فكه فقرأه عليهم وعليه فان اقر الزمه اياه
وان انكر قال الك حجة والا قضيت عليك فان لم تكن له حجة قضى عليه وان كانت له حجة قبلها وان قال
لست انا فلان بن فلان الذين شهدوا عليه بهذا المال بل هو آخر قال له هات بينة ان في هذه الصناعة
او القبيلة رجلا ينتسب بمثل ما تنتسب اليه والا الزمتك ما شهد به فان جاء ببينة على ان في تلك القبيلة
او الصناعة من ينتسب بمثل ما نسب اليه ابطل الكتاب وان لم يكن في تلك القبيلة او الصناعة احد على اسمه واسم
ابيه قضى عليه انتهى وقد علمت ان التعيين الذي هو المقصود بالاشارة يحصل باخرة الامر قبل القضاء عليه
وفي هذه الصورة مواضع وان كانت ظاهرة ينبه عليها منها قوله في شهود الكتاب منهم فلان وفلان وفلان
وتحليتهم ونسبهم لم يذكر كتب عدالتهم ولا بد منها وقالوا لو كتب واقام شهودا اعدولا عرفتهم بالعدالة او
سألت عنهم فعدلوا اكتفى عن تسميتهم ونسبهم وعندي لا بد ان يقول احرار عدول اذا لم يسمهم والذي يظهر

وصار كالشهادة على الشهادة لا يقام بها الحد لان مبنى الحدود والقصاص على الاسقاط بالشبهات وبناء قبول الكتاب [illegible] احتياطا في اثباتها صح

من كلام محمد وغيره انه لابد من تسميتهم ونسبة كل منهم ومصلاه وحرفته انه تاجر او فتاجر او مزارع او فرارع والمقصود تتميم تعريف الشهود ثم يذكر انه عرفهم بالعدالة او عدلوا لان الخصم اذا احضره الثاني قد يكون له مطعن فيهم او في احدهم فلابد من تعيينه لهم للتمكن من الطعن ان كان والا فيقول سموهم لي فاني قد يكون لي منهم طعن ومنها قوله الى فلان قاضي كورة كذا انما يصح اذا كان القاضي واحدا فان كان لها قاضيان لا يصح ومنها قوله في المدعى قال فلان بن فلان يتم التعريف في قولهما وعنده لابد من ذكر الجد وكذا الخلاف لو ذكر قبيلته او صناعته وان ذكر اسمه ولم يذكر اسم الاب لكن نسبه الى قبيلته وفخذه فقال فلان التميمي وما اشبهه لا يكون تعريفا بالاتفاق وان كان مشهورا لا يحتاج الى هذا وقيل لابد ان يذكر ادعى المدعي انه غائب عن هذا البلد مسيرة سفر لان بين العلماء اختلافا في المسافة التي يجوز فيها كتاب القاضي الى القاضي فجماعة من مشايخنا قالوا لا يجوز فيما دون مسيرة السفر وبه قال الشافعي واحمد في وجه وحكى الطحاوي عن ابي حنيفة واصحابه انه يجوز فيما دون مسافة القصر وقال بعض المتاخرين هذا قول ابي يوسف ومحمد وبه قال مالك والذي يقتضيه مذهب ابي حنيفة انه لا يجوز كالشهادة على الشهادة ومنها ختم الشهود وليس بلازم بل هو اوثق كما قال ومنها قوله وعدلوا ظاهر في انه لا يفك الختم حتى يعدل شهود الكتاب وفيه خلاف وان كانت دارا قال ادعى ان له دارا في بلد كذا في محلة كذا وذكر حدودها في يد رجل يقال له فلان بن فلان يعرفه على وجه التمام ولو ذكروا ثلاثة حدود كفى استحسانا خلافا لزفر ولو غلطوا في بعض الحدود بطل الكتاب فلا ترى ما فصلت بهذه الصورة وقس عليها باقي الصور والعقار فانه يعرف بالتحديد ولا يحتاج الى الاشارة والنكاح بان ادعى رجل نكاحا على امراة او بالعكس فاراد كتاب القاضي بذلك الى قاض آخر وكذا الطلاق بان ادعى طلاقا على زوجها والنسب لانه يعرف بذكر الاب والجد والقبيلة وغير ذلك والغصب والامانة والمضاربة المجحودتين قيدا بالجحود لانهما اذا لم يجحدا لا يحتاج الى كتاب القاضي واذا جحدا صارا مغصوبين ومن المغصوب يجب القيمة وهي دين فيجري فيها الكتاب ايضا وكذا الشفعة والوكالة والوفاة والقتل خطأ والوراثة فكما يقبل في العقار اذا بين حدوده يقبل في الاعيان المنقولة كالحمار والثوب والعبد للحاجة الى الاشارة فيها وعن ابي يوسف انه يقبل في العبد دون الامة لغلبة الاباق في العبد لانه يخدم خارج البيت فاباقه يتيسر فلمساس الحاجة اليه جوزه بخلاف الامة لانها تخدم داخل البيت فلا يتيسر لها تيسره له وعند محمد قبوله اي قبول كتاب القاضي الى القاضي في كل ما ينقل من الدواب والثياب والاماء وغيرها وعليه المتاخرون وبه يفتى نص الاسبيجابي على ان الفتوى عليه وبه قال احمد ومالك وان في قول فان المانع منه ما كان الا الحاجة الى الاشارة في الاعيان وهي غائبة في بلد المكتوب اليه ولا شك ان في الدين ايضا لابد من الاشارة الى المديون ليقضي عليه ومع ذلك اكتفي باسمه وشهرته في الاثبات عليه وقبول القاضي لكاتب الشهادة عليه وما ذاك الا لان عند القضاء من الثاني يتحقق معنى الاشارة كما عرفت في الصورة المفصلة ولابد ان يكون كتاب القاضي الى معلوم بان يقول من فلان بن فلان الى فلان بن فلان ويذكر نسبهما كذلك وقد عرفت انه لابد من ذكر الجد عند ابي حنيفة فان شاء قال بعده والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين والا فلا حتى يصير المكتوب اليه معروفا والباقي تبع له ثم شرع في بيان الشروط فقال او يقراه يعني يجب على القاضي الكاتب ان يقرا الكتاب على من يشهدهم عليه ويعلمهم بما فيه لانه لا شهادة بلا علم بالمشهود به كما لو شهدوا بان هذا الصك مكتوب

على فلان

على فلان لا يفيد ما لم يشهدوا بما تضمنه من الدين واشتراط علمهم بما في الكتاب قول ابي حنيفة ومحمد والشافعي ومالك في رواية وتكون اسماؤهم داخله اذ لابد ان يكون الكتاب معنونا مكتوبا فيه اسم الكاتب واسم المكتوب اليه ونسبهما والشرط العنوان الباطن فان لم يوجد وكان معنونا في الظاهر لا يقبل لتهمة التغيير وعن هذا قيل ينبغي ان يكون معهم نسخة اخرى مفتوحة ليستعينوا بها على حفظ ما في الكتاب فانه لابد من التذكر من وقت الشهادة الى وقت الاداء عند ابي حنيفة ومحمد ويختمه بحضرتهم اذ يشترط ان يشهدوا انه ختمه وذلك بان يختم بحضرتهم ويحفظون ما فيه ويسلمه اليهم قال في النهاية اي الى الشهود وعمل القضاة اليوم انهم يسلمون المكتوب الى المدعي وهو قول ابي يوسف وهو المختار للفتوى على قول شمس الائمة وعلى قول ابي حنيفة يسلم المكتوب الى الشهود انتهى ثم قال واجمعوا في الصك ان الاشهاد لا يصح ما لم يعلم الشاهد ما في الكتاب انتهى كذا في حاشية سعدي چلبي على اكمل العناية وابو يوسف لم يشترط شيئا من ذلك المذكور سوى اشهادهم انه كتابه يعني قال ابو يوسف الشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه وختمه بعد ما كان اولا يقول كقول ابي حنيفة في ذلك لما ابتلي بالقضاء تسهيلا على الناس واختار الامام السرخسي قوله اي قول ابي يوسف وليس الخبر كالعيان واذا وصل كتاب القاضي الى المكتوب اليه نظر الى ختمه ولا يقبله الا بحضرة الخصم يعني لا يقراه الا بحضوره لانه لا بد من قبوله فانه لا يتعلق به حكم وترتيب للحال انه اذا وصل المدعي الى القاضي المكتوب اليه جمع بينه وبين خصمه فان اعترف استغنى عن الكتاب وان انكر قال له هل لك حجة فاذا قال معي كتاب القاضي اليك طالبه بالبينة عليه فاذا احضروا احضر خصمه ان لم يكن حاضرا فيشهدون بحضرته انه كتاب القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقراه علينا وختمه او قراه علينا وانما لم يقرا الا بحضوره لان الكتاب في المعنى بمنزلة الشهادة على الشهادة لان القاضي ينقل الفاظ الشهود بكتابه الى المكتوب اليه كما ان شاهد الفرع ينقل شهادة شاهد الاصل بعبارته بخلاف القاضي الكاتب فانه يسمع من الاصول الشهادة وان كان الخصم المدعى عليه غائبا لان سماعه ليس للحكم بل للنقل فكان سماعه بمنزلة تحمل الفرع لشهادة الاصل في التحمل لا يشترط حضور الخصم كذا هنا وهذا كله قول ابي حنيفة ومحمد وقبل شهادة رجلين او رجل وامراتين على انه كتاب فلان القاضي قراه علينا وختمه وسلمه الينا في مجلس حكمه وقد عرفت تحقيقه ولابد من اسلامهما فلا تقبل شهادة الذميين على كتاب قاضي المسلمين وان كان الكتاب لذمي على ذمي لانهم يشهدون على فعل المسلم وهذا لان قبول شهادة بعضهم على بعض كالحاجة والضرورة فلا يحضر المسلمون معاملتهم خصوصا الانكحة والوصايا وهذا لا يتحقق في كتاب القاضي وختمه ولم يشترط الشعبي الشهادة عليه وكذا الحسن فانه اسند الخصاف الى عمر بن ابي زائدة او عمير قال جئت بكتاب من قاضي الكوفة الى اياس بن معاوية فجئت وقد عزل واستقضى الحسن فدفعت كتابي اليه فقبله ولم يسالني البينة عليه ففتحه ثم نشره فوجد لي فيه شهادة شاهدين على رجل من اهل البصرة بخمسمائة درهم وادفعها الي وبه قال ابو ثور والاصطخري من الشافعية وابو يوسف في رواية ومالك في رواية فالشرط عندهم ان يكون المكتوب اليه يعرف خط القاضي الكاتب وختمه قياسا على كتاب الاستيمان وعلى رسول القاضي الى المزكي ورسول المزكي الى القاضي قلنا الفرق ان هذا ملزم اذ يجب على القاضي المكتوب اليه ان ينظر فيه ويعمل به ولابد للملزم من الحجة وهو البينة بخلاف كتاب اهل الحرب فانه ليس ملزما اذ للامام ان يعطيهم ما طلبوا وله ان لا وكذا الرسول فلان التزكية ليست ملزمة وانما الملزم هو البينة فان قلت فكيف عمل الحسن بالكتاب وهم لم يكتب الا الى قاض آخر غيره

فالجواب يجوز ان يكون قال الى اياس القاضي بالبصرة والى كل قاض يراه من قضاة المسلمين فانه اذا كتب كذلك كان لكل قاض رفع اليه ان يعمل به بلا خلاف بخلاف ما لو كتب من الاول الى من يبلغه كتابي هذا من قضاة المسلمين فانه لا يجوز العمل به لاحد من القضاة واجازه ابو يوسف ايضا قال في الخلاصة وعليه عمل الناس اليوم ويجوز على كتاب القاضي الشهادة على الشهادة كما جاز فيه شهادة النساء لانه يثبت مع الشبهات ولو كتب القاضي الى الامير الذي ولاه ثم قص القصة وهو معه في المصر فجاء به ثقة يعرفه الامير ففي العادي لا يقبل لان ايجاب العمل بالبينة ولانه لم يذكر اسمه واسم ابيه وفي الاستحسان يجوز للامير ان يمضيه لانه متعارف ولا يليق للقاضي ان ياتي في كل حادثة الى الامير ليخبره وعند ابي يوسف يعني قال ابو يوسف آخرا شيء من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم انه اي هذا الكتاب كتاب فلان وختمه بعد ما كان يقول كقول ابي حنيفة ومحمد اي وروي عن ابي يوسف ان الختم ليس بشرط ايضا ولا شك عندي في صحته فان الغرض اذا كان عدالة الشهود وهم حملة الكتاب فلا يضره كونه غير مختوم مع شهادتهم انه كتابه نعم اذا كان الكتاب مع المدعي ينبغي ان يشترط الختم لاحتمال التغيير الا ان يشهدوا بما فيه حفظا فالوجه ان كان الكتاب مع الشهود ان تشترط معرفتهم لما فيه لا الختم بل يكفي شهادتهم انه كتابه مع عدالتهم وان كان مع المدعي اشترط حفظهم بما فيه فقط كذا في فتح القدير ومن الشروط ان يكتب فيه التاريخ فلو لم يكتب لا يقبل وذلك لينظر هل هو كان ماضيا في ذلك الوقت اولا وكذا لو شهدوا على اصل الحادثة ولم يكن مكتوبا لا يقبل كذا في الخلاصة فاذا شهدوا انه كتاب قاضي فلان قرأه علينا في محكمته وختمه وسلمه الينا فتحه القاضي المكتوب اليه وقرأه على الخصم والزمه ما فيه ان بقي الكاتب قاضيا ولو سمع الخصم بوصول كتاب القاضي الى القاضي بلده فهرب الى بلدة اخرى كان للقاضي المكتوب اليه ان يكتب الى قاضي تلك البلدة بما ثبت عنده من كتاب القاضي كما جوزنا الاول الكتابة يجوز للثاني والثالث وهلم جرا للحاجة ولو كتب فلم يخرج من يده حتى رجع الخصم لم يحكم عليه بتلك الشهادة التي سمعها من شهود الكتاب بل يعيد المدعي شهادتهم لان سماعه الاول كان للنقل فلا يستفيد به ولاية القضاء وانما يستفيدها لو كان الخصم حاضرا وقت شهادتهم ويبطل الكتاب بموت الكاتب وعزله وخروجه عن الاهلية للقضاء بجنون او عمى ونحوهما او فسقه بناء على القول بالعزل بالفسق قبل وصول الكتاب الى القاضي المكتوب اليه وقال ابو يوسف والشافعي يعمل به وبه قال احمد لان كتاب القاضي كالشهادة على الشهادة لانه ينقل به شهادة الذين شهدوا عنده الى المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتابة فكان كشهود الفرع اذا ماتوا بعد اداء الشهادة قبل القضاء او مات الاصل بعد اداء الفرع فانه لا يمنع القضاء وحاصل الجواب في الذخيرة منع تمام النقل بمجرد الكتابة بل حتى يصل ويقرؤه لان هذا النقل بمنزلة القضاء ولهذا لا يصح الا من القاضي فلا يتم الا بوجوب القضاء ولا يجب الا بقراءته وبهذا تبين ان العبارة الجيدة ان يقال بموت الكاتب قبل قراءة الكتاب لا قبل وصوله لان وصوله قبل ثبوته عند المكتوب اليه وقراءته لا يوجب عليه شيئا ولو مات بعد وصول الكتاب وقراءته عمل به المكتوب اليه في ظاهر الرواية ويبطل بموت القاضي المكتوب اليه او بعزله فلا يعمل الذي قام مقامه عندنا الا ان كتب القاضي الكاتب بعد اسمه اي بعد اسم المكتوب اليه والى كل من يصل اليه الكتاب من قضاة المسلمين لان غيره كان تبعا له وقال الشافعي واحمد يعمل به لان المعول عليه شهادة الشهود على ما تحملوه ومن تحمل شهادة وجب على كل قاض الحكم بشهادته وصار كما لو كتب والى كل قاض وصل اليه واجيب بان الكاتب لما خص الاول بالكتابة فقط اعتمد على علمه وامانته والقضاة متفاوتون في اداء الامانة فصح التعيين بخلاف ما اذا اردفه بقوله والى كل من يصل اليه من قضاة

المسلمين

المسلمين لان هناك اعتمد على علم الكل وامانتهم فكان الكل مكتوبا اليهم واما لو كتب ابتداء الى كل من يصل اليه كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم فاجازه ابو يوسف وهو مذهب الشافعي واحمد ومنعه ابو حنيفة والظاهر ان محمدا مع ابي حنيفة والوجه قول ابي يوسف لان اعلام المكتوب اليه وان كان شرطا فالعموم يعلم كما يعلم الخصوص وليس العموم من قبيل الاجمال والتجهيل فصار قصدا وتبعية سواء ولا يبطل بموت الخصم بل ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب او بعده ولا خلاف فيه فرع هل يكتب القاضي بعلمه في الخلاصة هو كالقضاء بعلمه والتفاوت بينهما ان القاضي يكتب بالعلم الحاصل قبل القضاء بالاجماع كذا قال بعضهم ولو اقام شاهدا واحدا عند القاضي وسأل ان يكتب بذلك كتابا الى قاض آخر نفعل فانه قد يكون له شاهد في محل المكتوب اليه ويكتب في الدين المؤجل ويبين الاجل ليطالبه اذا حل هناك ولو قال استوفى غريمي دينه او ابرأني منه واقام عليه بينة وانا اريد ان اقدم البلدة التي هو فيها واخاف ان يأخذني به فعند محمد يكتب وعند ابي يوسف لا يكتب واجمعوا انه لو قال جحدني الاستيفاء او الابراء مرة يكتب وكذا اذا ادعى ان الشفيع الغائب سلم الشفعة واقام بينة وطلب ان يكتب له هل يكتب هو على الخلاف بين ابي يوسف ومحمد وكذا امرأة ادعت الطلاق على زوجها الغائب واشهدت وطلبت الكتاب هو على الخلاف ولو قالت طلقني ثلاثا وانقضت عدتي وتزوجت بآخر واخاف ان ينكر الطلاق فاحضره وقالت للقاضي سله حتى اذا انكر اقمت عليه البينة فالقاضي يسأله بلا خلاف والقياس في الكل سواء وهذا احتياط كذا في فتح القدير واذا علم القاضي بشيء من حقوق العباد كالقصاص وحد القذف لما فيه من حق العبد وكذا في السكران او وجد سكران او من امارات السكر فيعزره بخلاف الحدود الخالصة كحد الزنا والشرب والسرقة فانه لا يقضي بعلمه فيها لانه خصم فيها لانها حق الله تعالى وهو نائبه عنه في زمن ولايته ومحلها اي مجلس القضاء او في غيره جاز له ان يقضي به لان علمه كشهادة شاهدين بل اولى لان اليقين حاصل بما علمه بالمعاينة والسماع والحاصل بالشهادة غلبة الظن والاجماع على ان قوله على الانفراد مقبول فيما ليس خصما فيه ومتى قال حكمت بكذا ينفذ حكمه واما ما علمه قبل ولايته او في غير محل ولايته فلا يقضي به عند ابي حنيفة نقل ذلك عن عمر وشريح رضي الله عنهما وقالا يقضي كما في حال ولايته ومحلها وجوابه انه في غير مصره وغير ولايته شاهد لا حاكم وشهادة الفرد لا تقبل وصار كما اذا علم ذلك بالبينة العادلة ثم ولي القضاء فانه لا يعمل بها كذا في الاختيار وعلى هذا الخلاف اذا علم بالحادثة في قضائه ثم عزل ثم قلد ثانيا ليس له ان يقضي بذلك العلم عنده كذا في قاضي خان فرع الفتوى على عدم العمل بعلم القاضي في زماننا كما في جامع الفصولين القضاء يجوز تخصيصه وتقييده بالزمان والمكان واستثناء بعض الخصومات كما في الخلاصة وعلى هذا لو امر السلطان بعدم سماع الدعوى بعد خمسة عشر سنة لا تسمع ولا يجب عليه سماعها كذا في الاشباه ولو كان في البلد قاضيان كل واحد منهما في محلة على حدة جاز فان وقعت الخصومة بين رجلين احدهما من محلة والاخر من محلة اخرى والمدعي يريد ان يخاصم الى قاضي محلته والاخر يأبى اختلف فيها ابو يوسف ومحمد والصحيح ان العبرة لمكان المدعى عليه وكذا لو كان احدهما من اهل العسكر والاخر من اهل البلدة فاراد العسكري ان يخاصم الى قاضي العسكر فهو على هذا كذا في قاضي خان وليس لقاضي الجند ولاية على غير اهل العسكر ومن كان محترفا في سوق العسكر فهو جندي كذا في الخلاصة

فصل ويجوز قضاء المرأة الا انه يكره لما فيه من محادثة الرجال ومبنى امرهن على الستر كذا في

الاختيار في غير حد وقود وقال الائمة الثلاثة لا يجوز لان المرأة ناقصة العقل ليست اهلا للخصومة مع الرجال في
محافل الخصوم وقال صلى الله عليه وسلم لن يفلح قوم ولوا امرهم امرأة ولنا ان القضاء من باب الولاية كالشهادة والمرأة
اهل الشهادة فيما عداهما فتكون اهلا للقضاء فيه وليس في الشرع ما يسلب ولايتها بالكلية الا يرى انها
كما تصلح ان تكون شاهدة تصلح ان تكون ناظرة في الاوقاف ووصية على اليتامى وما ثبت من النقصان فيهن
بالاضافة ثم هو منسوب الى الجنس فجاز في الفرد خلافه الا يرى الى تصريحهم بصدق الرجل خير من المرأة مع جواز كون
بعض افراد النساء خيرا من بعض افراد الرجال ولذلك النقص الغريزي نسب عليه السلام لمن يوليهن الى عدم
الفلاح معرضا للمولين ولهن بنقص الحال وهذا حق لكن بقي الكلام فيما لو وليت فقضت بالحق لماذا يبطل ذلك الحق
ولا يستخلف قاض في صحة ولا مرض الا ان يفوض اليه ذلك الاستخلاف فيملكه كما انه اذا صرح فيه بالمنع يمتنع منه
وهذا لانه قلد القضاء دون التقليد به فصار كالوكيل ليس له ان يوكل بخلاف المأمور بالجمعة اي المأذون له باقامتها
حيث جاز له ان يستخلف لانه لتوقيته بحيث لو عرض في وقته ما يمنعه كان لا الى خلف ومعلوم ان الآفات عرض
للاعراض وكان المولى له الاذن في استخلافه دلالة بشرط ان يكون المستخلف سمع الخطبة اما اذا لم يكن سمعها فلا لانها من
شرائط الافتتاح للجمعة بخلاف ما لو سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهد الخطبة حيث يجوز لان المأمور بها كان بان
بمفتتح والخطبة شرط الافتتاح وقد وجد في حق الاصل وكذا الوافد لها هذا الخليفة واستفتح يجوز وان لم يشهد الخطبة
لان شروعه فيها صحيح وهذا المشروع التحق بمن شهد الخطبة حكما وبخلاف المستعير فان له ان يعير شرطه
لانه يملك المنافع لنفسه فكان له تمليكها بخلاف ولاية القضاء فانما هو اذن في ان يعمل لغيره وهذا اما لو قام
مقام غيره لغيره لا تكون له اقامة غيره مقام نفسه ومن قام مقام غيره لنفسه كان له وبخلاف الوصي يملك الايصاء والتوكيل
بطريق الدلالة ايضا لان ثبوتها بعد الموت وربما يعجز الوصي عن المباشرة بنفسه والموصي قد مات فلا يمكن رجعه الى
رأيه فتضمن الايصاء الاذن بالاستخلاف قال قاضي خان في اول كتاب الدعوى الامير اذا استخلف رجلا في الجمعة
جاز وان لم يأمره الخليفة بذلك لان ثمة لو لم يصح الاستخلاف تفوت الجمعة وكذلك وصي الاب يملك الايصاء وان لم يأمره
الميت بالايصاء انتهى واذا استخلف القاضي المفوض اليه الاستخلاف فنائبه لا ينعزل بعزله اي بعزل القاضي الا اذا كان
المقلد قال له ول من شئت واستبدل من شئت فيملك عزله او قال جعلتك قاضي القضاة فان قاضي القضاة
هو الذي يتصرف فيهم مطلقا تقليدا وعزلا وكذا بخلاف الشخص واحدا ولا بموته اي موت القاضي بل هو اي نائب الكل
نائب الاصيل يعني السلطان وغير المفوض اذا قضى نائبه بحضرته اي بحضرة القاضي او بغيبته فبلغه فاجاز
جاز كما في الوكالة اذا وكل الوكيل غيره فتصرف بحضرته او بغيبته فاجازه نفذ لانه حضره رأي الاول وهو
الشرط لانه المقصود بتوكيله وتحقيق حاله انه فضولي ابتداء وكيل انتهاء ولا يمتنع اذ قد يجوز في الانتهاء
والبقاء ما لا يجوز في الابتداء خصوصا وقد فرض زوال المانع من الصحة في الابتداء وهو كونه ليس ما حضره
رأيه كذا في فتح القدير ثم الخليفة اذا اذن القاضي بالاستخلاف فاستخلف رجلا واذن له بالاستخلاف جاز
الاستخلاف ثم وثم كذا في الخلاصة واذا رفع الى القاضي احترز به عن المحكم لان المحكم فيه غير هذا الحكم قاض
آخر في امر اختلف فيه الصدر الاول امضاه الا قيل ان القاضي اذا كان ممن يجوز قضاؤه فقضى بقضية
يسوغ فيها الاجتهاد لم يجز لاحد من القضاة نقضها لان الاجتهاد الثاني مثله والاول ترجح بالسبق لاتصال
القضاء به وروي ان شريحا قضى بقضاء خالف فيه عمر وعليا رضي الله عنهما فلم ينقضاه لو قوعه من قاض جائز

الحكم

الحكم فيما يسوغ فيه الاجتهاد كذا في الاختيار وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء يقضي به القاضي ثم جاء
قاض آخر يرى غير ذلك امضاه قالوا في عبارة الجامع فائدتين ليستا في القدوري احديهما تقييده بالفقهاء
اي دانه لو لم يكن عالما بالخلاف لا ينفذ قال شمس الائمة وهو ظاهر المذهب وعليه الاكثر والثانية التقييد بكون
القاضي يرى غير ذلك ولا يخفى انه لا دلالة في عبارة الجامع على كونه عالما بالخلاف وانما مفاده ان ما اختلف فيه
الفقهاء في نفس الامر فقضى القاضي بذلك فانه اعم من كونه عالما ثم جاء قاض آخر يرى خلاف ذلك الذي حكم به
هذا امضاه ان لم يخالف حاصله بيان شرط جواز الاجتهاد ومنه يعلم كون المحل مجتهدا فيه حتى يجوز مخالفته
اولا فشرط محل الاجتهاد ان لا يكون ما حكم به الاول مخالفا للكتاب والمراد بالكتاب المجمع على مراده او ما يكون
مدلول لفظه ولم يثبت نسخه ولا تأويله بدليل مجمع عليه فالاول مثل حرمت عليكم امهاتكم الآية فلو قضى قاض
بحل ام امرأته كان باطلا لا ينفذ والثاني مثل ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فلا ينفذ الحكم بحل متروك التسمية
عمدا او يخالف السنة المشهورة مثل البينة للمدعي واليمين على من انكر فلو قضى قاض بشاهد ويمين لا ينفذ
ويتوقف على امضاء قاض آخر ذكره في اقضية الجامع وفي بعض المواضع ينفذ مطلقا هكذا اثبتها ابن الهمام لكن
المناسب للسنة المشهورة تمثيل ابن الكمال حيث قال في ايضاح الاصلاح مثل القضاء بحل المطلقة ثلاثا بنكاح
الزوج الثاني بلا وطئ فانه مخالف لحديث العسيلة وهو مشهور او الاجماع مثل القضاء بحل متعة النساء فان
الصحابة قد اجمعوا على فساده كذا في ايضاح ابن كمال واعلم ان النص قد يقع الخلاف فيه انه مؤول وليس
بمؤول فلا يكون حكم احد المناظرين بانه غير مؤول قاضيا على غيره بمنع الاجتهاد فيه نعم قد يترجح احد القولين على
الآخر بثبوت دليل التأويل فيقع الاجتهاد في بعض افراد هذا القسم انه مما يسوغ فيه الاجتهاد وكذا المنع
نحن نفاذ القضاء في بعض الاشياء وتجويزه وبالعكس فقد نقل الخلاف في الحل عندنا ايضا وان كان كثير
لم يحكوا الخلاف ففي الخلاصة في رابع جنس من الفصل الرابع من ادب القاضي قال اما القضاء بحل متروك التسمية
عمدا فجائز عندهما وعند ابي يوسف لا يجوز انتهى واما عدم تسويغ الاجتهاد فلكونه مخالفا للاجماع وسواء كان
كذلك على الحكم او على تأويل السمع او بنقل عدم تسويغ فقهاء العصر اجتهاده وذلك مثل اجتهاد ابن عباس
في جواز بيع الدرهم بالدرهمين لم يقبله الصحابة منه فلو قضى به قاض لا ينفذ حتى روي انه رجع عنه وهذا
مراد المص بقوله وما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر فيه خلاف البعض ولا يعني انه لا يعتبر في انعقاد الاجماع بل لا يعتبر
في جواز الاجتهاد ولم يرد بالبعض ما دون النصف او ما دون الكل بل الواحد والاثنين والا لم يعتبر قضاء
في محل مجتهد فيه اصلا اذ ما من محل اجتهاد الا واحد الفريقين اقل من الفريق الآخر اذ لا ينضبطان ولذا
الفريقين ولذا لم يمثلوه قط الا بخلاف ابن عباس ونحوه وهو خلاف رجل واحد فالمراد اذا اتفق اهل
الاجماع على حكم فخالفهم واحد لا يصير المحل بذلك محل اجتهاد حتى لا ينفذ القضاء بقول ذلك الواحد في مقابلة
قول النافين ثم هذا اعم من كونهم سوغوا اجتهاده لا يثبت حكم الاجماع وان لم يسوغوا لا يصير المحل مجتهدا
فيه قال واليه اشار ابو بكر الرازي لان ذلك كما قال صاحب الهداية خلاف لا اختلاف ثم قال صاحب الهداية
المعتبر الاختلاف في الصدر الاول يعني ان كون المحل محل اجتهاد يتحقق الخلاف فيه بين الصحابة وقد
يحتمل بعض العبارات ضم التابعين وعليه فرع الخصاف ان للقاضي ان ينقض القضاء ببيع ام الولد
لانه مخالف لاجماع التابعين وقد حكى الخلاف في هذا عندنا فقيل هذا قول محمد اما على قول ابي حنيفة وابي

يوسف فيجوز قضاؤه ولا ينفسخ وفي النوازل عن ابي يوسف لا ينفذ القضاء به فاختلفت الرواية عن ابي يوسف
وقال شمس الائمة السرخسي هذه المسألة تبتني على ان الاجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم عند محمد وعن ابي ح
وابي يوسف لا يرفع يعني اختلفت الصحابة في جواز بيعهن فعن علي الجواز وعمر وغيره على منعه ثم اجمع التابعون
على عدم جواز بيعهن فكان قضاء القاضي به على خلاف الاجماع عند محمد فيبطله الثاني وعندهما لم يرفع خلاف
الصحابة وقع في محل اجتهاد فلا ينقضه الثاني ولكن قال القاضي ابو زيد في التقويم ان محمدا روى عنهم جميعا
ان القضاء ببيع ام الولد لا يجوز فقد علمت ما هنا من تشعب الاختلاف في الرواية وبناء على اشتراط كون
الخلاف في الصدر الاول في كون المحل اجتهاديا قال بعضهم ان للقاضي ان يبطل ما قضى به القاضي المالكي
والشافعي برأيه وعندي ان هذا لا يعول عليه فان صح ان مالكا والشافعي وابا حنيفة مجتهدون فلا شك
في كون المحل اجتهاديا والا فلا ولا شك انهم اهل اجتهاد ورفعة ثم ذكر في المنتقى ان العبرة في كون المحل مجتهدا فيه
اشتباه الدليل لا حقيقة الخلاف قال الا ترى ان القاضي اذا قضى بابطال طلاق المكره نفذ لانه مجتهد فيه
لانه موضع اشتباه الدليل لا حقيقة الخلاف اذ اعتبار الطلاق بسائر تصرفاته ينفي حكمه وكذا لو قضى في حد او
قصاص بشهادة رجل وامرأتين ثم رفع الى قاض آخر يرى خلاف ذلك ينفذه وليس طريق القضاء الاول
كونه في مختلف فيه لانه لا اختلاف فيه وانما طريقه ان القضاء الاول حصل في موضع اشتباه الدليل لان المرأة
من اهل الشهادة اذ ظاهر قوله تعالى فرجل وامرأتان يدل على جواز شهادتهن مع الرجال مطلقا وان وردت
في المداينة لان العبرة لعموم اللفظ ولم يرد نص قاطع في ابطال شهادة النساء في هذه الصورة ولو قضى بجواز النكاح
بلا شهود نفذ لان المسألة مختلف فيها فمالك وعثمان يشترطان الاعلان لا الشهود وقد اعتبر خلافهما لان
الموضع موضع اشتباه الدليل اذ اعتبار النكاح بسائر التصرفات يقتضي ان لا يشترط الشهادة فيه ولا
يخفى انه اذا كان معارضة المعنى الدليل السمعي لنص موجب اشتباه الدليل فيصير المحل محل اجتهاد ينفذ القضاء
فيه فكل خلاف بين الشافعي ومالك وبيننا وبينهم واحدهم محل اشتباه الدليل حينئذ فلا يخلو عن مثل ذلك
فلا يجوز نقضه من غير توقف على كونه بين الصدر الاول ولا بأس بذكر مواضع نص فيها اهل المذهب بعينها اذا
قضى بالقصاص بحلف المدعي انه قتله وهناك لوث من عداوة ظاهرة كقول مالك لا ينفذ لمخالفة السنة
المشهورة البينة على المدعي واليمين على من انكر ولو قضى بحل المطلقة ثلاثا بمجرد عقد الثاني بلا دخول كقول سعيد
بن المسيب لا ينفذ لذلك ايضا وهو حديث العسيلة وفي السير من الجامع الكبير اذا قضى ان الكفار لا يملكون
ما استولوا عليه لا ينفذ لانه لم يثبت في ذلك اختلاف الصحابة ولو قضى بشهادة الزوج لزوجته نفذ وفي الفصول
نقلا عن فتاوى رشيد الدين الزوج الثاني اذا طلقها بعد الدخول ثم تزوجها ثانيا وهي في العدة ثم طلقها قبل
الدخول فتزوجها الاول قبل انقضاء العدة وحكم الحاكم بصحة هذا النكاح ينفذ لان للاجتهاد فيه مساغا وهو
صريح ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة وهو ايضا مذهب زفر ولو قضى في المأذون
في نوع انه مأذون فيه فقط كمذهب الشافعي يصير متفقا عليه ولو قضى بنصف الجهاز فيمن طلقت قبل
الدخول وقد قبضت المهر وتجهزت لا ينفذ لانه خلاف الجمهور وينفذ القضاء بجواز بيع المدبر ولو قضى
بعدم جواز عفو الزوجة عن دم العمد بناء على قول البعض انه لا حق لها في القصاص لا ينفذ ولو زنى بام
امرأته فقضى باقرار البنت معه نفذ وحكي في الفصول فيما اذا زنى بامرأة ثم تزوج بنتها فقضى بجوازه حلالا

عند ابي

عند ابي يوسف لا ينفذ للنص عليه وعند محمد يجوز وبصحة السلم في الحيوان ينفذ وينفذ بالقرعة في رقيق اعتق
الميت واحدا منهم وبالشهادة لابيه وعكسه ينفذ عند ابي يوسف ولا ينفذ عند محمد وبالشهادة على
الشهادة فيما دون مسافة السفر نفذ وبشهادة شهود على وصية مختومة من غير ان تقرأ عليهم الميت
امضاه الآخر وبصحة النكاح المؤقت اياما نفذ ولو عقدا مؤقتا بلفظ المتعة نحو متعيني بنفسك عشرة ايام
لا ينفذ ولو قضى برد زوجته بالعيوب من العمى والجنون نفذ لان عمر يقول بردها بالعيوب الخمسة وكذا
بصحة رد الزوجة له ولو قضى بسقوط المهر بالتقادم بلا اقرار ولا بينة لم ينفذ وكذا اذا قضى ان لا يؤجل
العنين هذا في القضاء المجتهد فيه فاما اذا كان نفس القضاء مجتهدا فيه ففيه تفريعات منه واصله ان الخلاف
اذا كان في نفس القضاء الواقع على افضاء قاض آخر فان امضاه ليس للثالث نقضه لان قضاء الثاني
هو الذي وقع في مجتهد فيه اعني قضاء الاول وعليه فرع اذا قضى بالحجر على المفسد للفساد لا ينفذ لتحقق
الخلاف في القضاء فيتوقف على امضاء قاض آخر وقبل ان يمضيه الثاني نقضه لانه ليس قضاء في مجتهد فيه
وكذا لو قضى لامرأته بشهادة رجلين فالقاضي الثاني يخير بين ان يجيزه او يرده لان الخلاف وقع في
نفس القضاء ومنه ما لو قضى المحدود في قذف او الاعمى واما قضاء السلطان في امرها فالاصح انه
ينفذ وقيل لا ينفذ وعلى القول بانه لا ينفذ يحتاج في نفاذه الى ان ينفذه قاض آخر وقيل في مسألة الحجر في صحة
نقض الثاني ان قضاء الاول ليس بقضاء لعدم المقضي له وعليه فينفذ قضاء الثاني باطلاقه عن الحجر الكل
من فتح القدير والقضاء بحل او حرمة ينفذ ظاهرا وباطنا اي عند الله تعالى فلو توصل بشهادة زور والقاضي
لا يعلم ذلك وهذا عند ابي حنيفة وهو شرط بما اذا ادعى بسبب معين للحل والحرمة للعقود والفسوخ
كالبيع والنكاح والطلاق وكذلك الهبة والارث وعندهما وعند باقي الائمة لا ينفذ باطنا بشهادة الزور
اي الكذب الاصل ان قضاء القاضي بشهادة الزور فيما له ولاية انشائه في الجملة يفيد الحل عنده خلافا لهما
ولباقي الائمة وقضاؤه فيما ليس له ولاية انشائه اصلا لا يفيد الحل بالاجماع فلو اقام بينة زور انه تزوجها وحكم
القاضي به حل له وطئها ولها تمكينه عنده خلافا لهما وفي الاملاك المرسلة لا ينفذ باطنا اتفاقا لهما قوله صلى الله عليه
وسلم انكم تختصمون الي ولعل بعضكم الحن بحجته من بعض وانما بشر اقضي بما اسمع فمن قضيت له من مال اخيه
شيئا بغير حقه فانما اقطع له قطعة من النار فينبغي ان يكون الحكم في الباطن كهو عند الله تعالى اما الظاهر
فالحكم لازم على ما انفذه القاضي قال عليه السلام انا اقضي بالظاهر والله يتولى السرائر وله ما روي ان رجلا
خطب امرأة وهو دونها في الحسب فابت ان تتزوجه فادعى انه تزوجها واقام شاهدين عند علي رضي
الله عنه فحكم عليها بالنكاح فقالت اني لم اتزوجه وانهم شهود زور فزوجني منه فقال علي رضي الله عنه
شاهداك زوجاك وامضى عليها النكاح ولانه قضى بامر الله تعالى بحجة شرعية فيما له ولاية الانشاء تحرزا
عن الحرام وحديثهما صريح في المال ونحن نقول به فان قضى القاضي في الاملاك المرسلة لا ينفذ بشهادة الزور
بهذا الحديث ولقوله تعالى ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل روي انها نزلت فيه ولان القاضي لا يملك اثبات
الملك بدون السبب فانه لا يملك دفع زيد الى عمرو واما العقود والفسوخ فانه يملك انشاءها وانه يملك بيع
امة زيد وغيرها من عمرو حال غيبته وخوف الهلاك فانه بيعه للحفظ وكذلك لو مات ولا وصي له ويملك انشاء
النكاح على الصغير والصغيرة والفرقة في العنين وغير ذلك فثبت ان له ولاية الانشاء في العقود والفسوخ

فيجعل القضاء انشاء احترازا عن الحرام ولا يملك ذلك في الاملاك المرسلة بغير اسباب فتعذر جعله انشاء فبطل
والقضاء في مجتهد فيه بخلاف رأيه ناسيًا لمذهبه او عامدًا لا ينفذ قضاؤه عندهما وبه يفتى لانه قضى بما هو خطاء
عنده وعند الامام ابي حنيفة ينفذ رواية واحدة لو ناسيًا وفي العمد عنه روايتان وجه النفاذ انه ليس بخطاء
بيقين لان رأيه يحتمل الخطاء وان كان الظاهر عنده الصواب ورأي غيره يحتمل الصواب وان كان الظاهر
عنده خطاؤه فليس واحد منهما خطاء بيقين فكان حاصله قضاء في محل مجتهد فيه فينفذ ووجه عدم النفاذ ان
قضاؤه مع اعتقاده انه غير حق عبث فلا يعتبر كمن اشتبه عليه القبلة فوقع تحريه على جهة فصلى الى غيرها لا يصح لاعتقاده
خطاء نفسه فكذا هذا وبه اخذ شمس الائمة الاوزجندي وبالاول اخذ الصدر الشهيد وفرع بعضهم عليه ان لا يفعله
القضاة من الارسال الى شافعي ليحكم ببطلان اليمين المضافة لا يجوز الا بشرط كون القاضي المرسل يرى
بطلانه كان فيه والا كان تقليدا للغير ليفعل ما هو الباطل عنده وهو باطل قال الشيخ ابو المعين هذا
خلاف ما عليه السلف فانهم كانوا يتقلدون القضاء من الخلفاء ويرون ما يحكمون به نافذا وان كان يخالف
رأي الخلفاء اشتهر وكذا الامور في هذا حكم شريح بما يخالف رأي علي كثيرًا وهو يعلم ويوافقه كما علم في رده شهادة
الحسن وعمر قبله فقيل صح عن عمر انه قلد ابا الدرداء القضاء فاختصم اليه رجلان فقضى لاحدهما ثم لقي المقضي عليه عمر
فسأله عن حاله فقال قضى علي فقال لو كنت مكانه قضيت لك قال فما يمنعك فقال عمر ليس هنا نص والرأي مشترك
وغير ذلك ثم اعلم ان اقتصار صاحب الهداية على وجه النفاذ دليل انه المرجح عنده ومع ذلك ذكر صاحب المحيط
الفتوى على قولهما وذكر في الفتاوى الصغرى ان الفتوى على قول ابي حنيفة فقد اختلف في الفتوى والوجه في هذا
الزمان ان يفتى بقولهما لان التارك لمذهبه عمدًا لا يفعله الا لهوى باطل لا لقصد جميل واما الناسي فلان المقلد
ما قلده الا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره هذا كله في القاضي المجتهد فاما المقلد فانما ولاه ليحكم بمذهب ابي حنيفة مثلًا
فلا يملك المخالفة فيكون معزولًا بالنسبة الى ذلك الحكم وفي بعض المواضع ذكر الخلاف في حل الاقدام على القضاء بخلاف
مذهبه وقال وجه من قال بالجواز ان القاضي مأمور بالحق ورده وقد يقع على خلاف رأيه وجه المنع قوله تعالى وان
احكم بينهم بما انزل الله اليك الآية واتباعه غير رأيه اتباع هوى غيره فالوجه الصحيح ان المجتهد مأمور بالعمل
بمقتضى ظنه اجماعًا وهذا خلاف مقتضى ظنه وعمله بما ليس الى قضاء بخلاف المرسل الى من يرى خلاف رأيه ليحكم
هو فانه لم يعمل فيه شيء هذا ومن ثمة اليمين المضافة انه اذا فسخ اليمين بعد التزوج لا يحتاج الى تجديد العقد
ولو وطئها الزوج بعد النكاح قبل الفسخ ثم فسخ حكي عن برهان الائمة كون الوطء حلالًا ولو كان اليمين كل امرأة
اتزوجها فتزوج امرأة وفسخ اليمين ثم تزوج اخرى هل تحتاج الى الفسخ في كل امرأة ذكر فيه خلاف عند ابي
يوسف يحتاج وعند محمد لا وفي المنتقى ذكر ان عند ابي حنيفة يحتاج وعند ابي يوسف لا يحتاج واختلف فيه المشايخ
ايضا وحيلته ان لا يحتاج في كل امرأة ان يقضي القاضي عند تزوج امرأة ببطلان اليمين الواقعة مطلقا من غير
قيد فسخها في حق تلك المرأة الكل من فتح القدير ولا يقضي على غائب وقال الشافعي يجوز اذا كان غائبا عن
البلدة او فيها وهو مستتر قولا واحدا وهو قول مالك واحمد وان كان في البلد غير مختف فله قولان اصحهما
لا يحكم عليه بدون حضوره وهو قول مالك واحمد والفرق ان في المستتر تضييع الحقوق لو لم يحكم وفي غيره
لا ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لعلي حين استقضاه على اليمن لا تقض لاحد الخصمين بشيء حتى تسمع كلام
الآخر الا بحضرة نائبه نيابة حقيقة كوكيله او نيابة شرعًا كوصي نصبه القاضي او نيابة حكمًا لامر لازم له بان

كان

كان ما يدعي على الغائب سببًا لما يدعي على الحاضر اقتصر المصنف على هذه الثلاثة نفيًا للمسخر من جهة القاضي
فان فيه اختلاف الروايتين وهو الذي ينصبه القاضي ليسمع عليه الدعوى وكذا لو احضر المدعي رجلًا غير خصمه
ليسمع القاضي الخصومة والقاضي يعلم انه ليس بخصم لا يسمع الخصومة عليه ولا على المسخر من جهته وانما يجوز نصب
القاضي الوكيل عن خصم اختفى في بيته ولا يحضر مجلس الحكم والا يحكم عليك واما في غير ذلك فلو صنع فلا وذكر محمد
في الجامع رجل غاب وجاء رجل فادعى على رجل ذكر انه غريم الغائب والغائب وكله بطلب كل حق له على غرمائه
بالكوفة وبالخصومة والمدعى عليه ينكر وكالته فاقام بينة على وكالته قضى عليه بالوكالة يعني على الغائب قال شيخ
الاسلام فيه دليل على جواز الحكم على المسخر فانه قال ذكر انه غريم الغائب ولم يقل هو غريم الغائب قال الصدر الشهيد
هذا محمول على ما اذا لم يعلم القاضي انه مسخر والوجه ان يحمل على احدى الروايتين كما ذكر ظهير الدين في فتاواه ان في
نفاذ قضاء القاضي على الغائب روايتين ذكر شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام انه ينفذ وعند غيرهما من المشايخ
انه لا ينفذ وفي مفقود خواهر زاده لا ينبغي للقاضي ان يقضي للغائب من غير خصم كما لا ينبغي ان يقضي على الغائب الا ان
مع هذا لو وكل وكيلا وانفذ الخصومة بينهم فهو جائز وعليه الفتوى انتهى والذي يقتضيه النظر ان نفاذ القضاء على الغائب
موقوف على امضاء قاض لان نفس القضاء هو المجتهد فيه فهو كقضاء المحدود في قذف ونحوه وحيث قضى على
غائب فلا يكون عن اقرار عليه ومن فروعه مسئلة عجيبة في الفصل الاول من الفتاوى الصغرى عين في يد رجل ادعى
آخر انه ملكه اشتراه من فلان الغائب وصدقه ذو اليد فالقاضي لا يأمر ذا اليد ان يسلمها الى المدعي حتى لا يكون قضاء
على الغائب بالشراء باقراره وهي عجيبة لانه اعترف بالملك للمدعي ولا يقضي عليه بالتسليم ثم مثال السبب اللازم
لا محالة في ست مسائل ثلاث فيما يكون المقضي به شيئين وثلاث فيما يكون واحدًا اما الثلاث للواحد احديها
ادعى دارا في يد رجل انها ملكه وانكر ذو اليد فاقام البينة انها داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها فانه يقضي بها
في حق الحاضر والغائب لان الشراء سبب لثبوت ما يدعيه على الحاضر لان الشراء من المالك سبب لا محالة للملك له
والثانية ادعى على آخر انه كفل عن فلان الغائب بما يذوب له عليه فاقام المدعي عليها البينة انه ذاب له على فلان
الف يقضي بها على الكفيل والغائب حتى لو حضر وانكر لا يلتفت الى انكاره والثالثة ادعى الشفعة في دار في يد
انسان فقال ذو اليد الدار داري ما اشتريتها من احد فاقام المدعي البينة ان ذا اليد اشتراها من فلان
الغائب بالف وهو يملكها وانا شفيعها يقضي بالشراء في حق ذي اليد والغائب ومثال الثلاث الشيئين
احديها قذف محصنًا فادعى عليه الحد فقال القاذف انا عبد وعلي حد العبيد وقال المدعي المقذوف بل اعتقك مولاك
ولي عليك حد الاحرار والمولى غائب واقام البينة على ذلك تقبل هذه البينة ويقضي بالعتق في حق الحاضر والغائب
جميعًا حتى لو حضر وانكر العتق لا يلتفت الى انكاره فالعتق سبب لكمال الحد وهو المدعي على الحاضر فهما شيئان
والثانية شاهدان شهدا على رجل بمال فقال المشهود عليه هما عبدان لفلان الغائب فاقام المشهود له البينة
ان مولاهما اعتقهما قبل هذا وهو يملكهما تقبل ويثبت العتق في حق المشهود عليه والمولى الغائب لان العتق
لا ينفك عن ولاية الشهادة والثالثة رجل قتل رجلًا عمدًا وله وليان غاب احدهما وادعى الحاضر على القاتل ان
الغائب عفى عن نصيبه فانقلب نصيبي مالًا وانكر القاتل فاقام المدعي البينة على ذلك تقبل ويقضي بها على الحاضر والغائب
جميعًا واما ما لا يكون ما يدعى به على الغائب سببًا لا محالة لما يدعيه على الحاضر بل قد يكون وقد لا يكون فقد يكون
ايضا واحدا او بيانه في مسئلتين احديهما قال العبد لرجل حولك وكلني بحملك اليه فاقام العبد البينة ان مولاه اعتقه

وقال ابو يوسف يقضى عليه لو حضر وانكر فانه يقيم عليه البينة ثم غاب يقضى عليه لان انكاره مستمر ولا يقضى عليه لان اصراره على الانكار نقضا وقال محمد لا يقضى عليه لان اصراره على الانكار شرط لوقت القضاء ولم يثبت ذلك بعد غيبته كذا في المبسوط وذكر في الاسرار الحال لا يتبين الا باتصاله مطلق على ما ذكرناه

تقبل في حق قصر يد الحاضر ولا تقبل في حق العتق على الغائب حتى لو حضر الغائب وانكر العتق يحتاج العبد الى اعادة البينة بعد الثانية رجل قال لامرأة غائب وكلني زوجك بحملك اليه فاقامت بينة انه طلقها ثلاثا يقضي بقصر يد الوكيل عنها دون الطلاق فلو حضر وانكر الطلاق يحتاج الى اعادتها او بينة اخرى فان كان شرطا لا يصح يعني ان كان ما يدعي على الغائب شرطا لحقه لا سببا فعامة المشايخ فيه على انه لا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب فيما يدعيه وصورته قال لامرأته ان طلق فلان امرأته فانت طالق فادعت ان فلانا طلق زوجته واقامت البينة على ذلك لا يقضي بوقوع الطلاق بها لانه ابتداء القضاء على الغائب وقد افتى بعض المتأخرين كفخر الاسلام والاوزجندي فيه بانتصاب الحاضر خصما ويقضي بوقوع الطلاق كما لو قال ان دخل فلان فانت طالق فبرهنت على دخول فلان حيث يصح وان كان فلانا غائبا والجواب انه ليس في هذا القضاء على الغائب بشيء اذ ليس فيه ابطال حق له فصار الاصل ان ما كان شرطا لثبوت الحق للحاضر من غير ابطال حق للغائب فتقبل البينة فيه اذ ليس فيه قضاء على الغائب وما تضمن ابطالا عليه لا تقبل ويقرض القاضي مال اليتيم ويكتب ذكر الحق وهو المسمى في عرفنا حجة وهو الصك لان في الاقراض مصلحة لان بقاءه على وجه الارض لا يؤمن من مصادرة سارق والغاصب المكابر وفي القرض بقاء اموال اليتامى محفوظة عن ذلك مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج فكان النظر في الاقراض ولا يجوز ذلك الاقراض للوصي لانه لا يقدر على الاستخراج اذ ربما لا يوافقه الشهود او لا يجدهم ولو وجدهم فليس كل بينة تعدل ولا كل قاض يعدل وفي الجثو بين يدي القضاة ذل وصغار فكان اضرارا بالصغار على هذا الاعتبار ولا يجوز ذلك للاب في الاصح اي في اصح الروايتين لانه لا يقدر على الاستخراج كالوصي ووجه الاخرى انه اعم ولاية من الوصي لانها في المال والنفس كولاية القاضي ويزيد عليها بزيادة الشفقة المانعة من ترك النظر فالظاهر انه انما تعرض ممن يأمن جحوده وعلى هذا قالوا لو اخذه الاب قرضا لنفسه يجوز ذلك وروى الحسن عن ابي حنيفة انه لا يجوز والجواب ان الاعتبار في جواز القرض وعدمه ليس لعموم القرابة ولا لزيادة الولاية بل لتمام القدرة على الاستخراج بعد وجود اصل الولاية ولا قدرة للاب عليه بخلاف القاضي فانه لو لم يجد الشهود لموت او غيبة فيقضي بعلمه ويستخرج ولا يخفى ان قدرته بهذه انما تفيد مع وجود الملاءة اما لو اعسر المستقرض صار القاضي كغيره في عدم القدرة وعن هذا قال الخصاف ينبغي ان يتفقد احوال الذين اقرضهم المال حتى لو اختل حال احد منهم يأخذ منه المال قبل العسر فلا يقدر كذا لو كان المستقرض معسرا في الابتداء لا يجوز للقاضي اقراضه الكل من فتح القدير فصل في التحكيم ولما كان الحكم احط رتبة من القاضي فان القاضي يقضي فيما لا يقضي المحكم اخره عنه ولذا قال ابو يوسف انه لا يجوز تعليق التحكيم بالشرط واضافته بخلاف القضاء لان حكمه بمنزلة الاصلاح والواقع عنه كالصلح او هو صلح من وجه فلا يلوز مثله بالشك والتحكيم جائز بالكتاب وهو قوله تعالى فابعثوا حكما من اهله الآية وبالسنة وهو ما قال ابو شريح يا رسول الله ان قومي اذا اختلفوا في شيء فاتوني فحكمت بينهم رضي عني الفريقان فقال عليه السلام ما احسن هذا وروي انه كان بين عمر وابي بن كعب منازعة في نخل فحكما بينهما زيد بن ثابت فاتياه فخرج زيد وقال لعمر هلا بعثت الي فاتيتك يا امير المؤمنين فقال عمر في بيته يؤتى الحكم فدخلا بيته فالقى لعمر وسادة فقال عمر هذا اول جورك وكانت اليمين على عمر فقال زيد لو اعفيت امير المؤمنين فقال عمر يمين لزمتني الخ ففي الحديث جواز التحكيم وان زيدا كان معروفا بالفقه وقد روي ابن عباس رضي الله عنه كان يختلف اليه ويأخذ بركابه عند ركوبه وقال هكذا امرنا ان نضع بفقهائنا فقبل زيد يده وقال هكذا امرنا ان نضع باشرافنا وفيه ان الامام لا يكون قاضيا

في حق نفسه وانه ينبغي ان من احتاج الى العلم يأتي الى العالم في بيته ولا يبعث اليه ليأتيه وان كان اوجه الناس واما القاء زيد الوسادة فاجتهاد منه لقوله عليه السلام اذا اتاكم كريم قوم فاكرموه وبسط النبي عليه السلام رداءه لعدي بن حاتم ولو حكم بيتهما رجلا الكاف للخصمان من يصلح قاضيا بان يكونا اهلا للشهادة فلا يجوز تحكيم الكافر او العبد او الذمي الا ان يحكم ذميان لانه من اهل الشهادة عليهم فهو من اهل الحكم عليهم وكذا المحدود في القذف والفاسق لا يجوز تحكيم احد من هؤلاء لعدم اهلية القضاء لعدم اهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب ان يجوز عندنا ثم تشترط هذه وقت التحكيم ووقت القضاء جميعا حتى لو حكما عبدا فعتق او صبيا او ذميا فبلغ واسلم ثم حكم لا ينفذ كما في المقلد وفي المغني يجوز تحكيم المكاتب والعبد المأذون كالحر يعني لو جعل من هو اهل للقضاء حكما ليحكم بينهما صح لان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما فيكون الحكم كالقاضي في حقهما والمصالح في حق غيرهما لان غيرهما لم يرض بحكمه وليس له عليه ولاية بخلاف القاضي وينفذ حكمه عليهما ببينة فيرفع النزاع بينهما او اقرار فيلزم على المقر بموجبه او نكول كذلك لانه حكم شرعي فاذا حكم لزمهما لولايته عليهما ونفذ اخباره اي الحكم باقرار احد الخصمين وبعدالة الشاهد حال ولايته يعني لو قال المحكم لاحدهما اقررت عندي او قال قامت عندي بينة عليك بهذا فعدلوا عندي وقد الزمتك ذلك وحكمت بهذا فانكر المقضي عليه ان يكون اقر او اقام البينة لم يلتفت الى قوله وامضى القضاء عليه ما دام المجلس باقيا لان المحكم ما دام تحكيمهما قائما كالقاضي المقلد ولو قال المقلد ذلك لا يلتفت الى انكار المقضي عليه فكذا الحكم الا ان يخرجه المخاطب عن الحكم ويعزله قبل ان يقول حكمت عليك ثم قال المحكم ذلك او قاله بعد ان قام من المجلس ينعزل كما ينعزل بعزل احدهما قبل الحكم فصار كالقاضي اذا قال بعد العزل قضيت بكذا لا يصدق كذا هذا ولكل واحد منهما اي من الخصمين المحكمين ان يرجع عن التحكيم قبل حكمه اي حكم الحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما اذ هما الموليان له فلهما عزله قبل ان يحكم كما ان للسلطان ان يعزل القاضي قبل ان يحكم لا لهما ان يرجع بعده اي بعد الحكم يعني كما لو حكم المقلد قبل عزله نفذ وعزله بعد ذلك لا يبطله فكذا هذا واذا نفذ حكمه لزمهما لصدور حكم عن ولاية كاملة عليهما فقط لانه لا يكون دون الصلح وبعد ما تم به الصلح ليس لواحد ان يرجع فاذا رفع حكمه اي الحكم الى قاض مولى امضاه ان وافق حكم الحكم مذهبه اي مذهب القاضي المولى لانه لا فائدة في نقضه ثم ابرامه على ذلك الوجه بعينه والا اي وان لم يوافقه بل خالفه نقضه ان شاء وقال مالك وابن ابي ليلى هو كالمقلد فلا يبطله الا ان يكون جورا بينا لم يختلف فيه اهل العلم ونحن فرقنا بان ولاية القاضي عامة على الناس لعموم ولاية الخليفة المقلد له بخلاف المولين له انما لهما ولاية على انفسهما فقط لا على القاضي فلا يلزم حكم القاضي لانه الحكم ولا تقليدهما اياه بمنزلة اصطلاحهما على شيء ولو اصطلحا على شيء في المجتهدات كان للقاضي ان يبطله او ينفذه فكذا هذا ولا يصح التحكيم في حد وقود لانه لا ولاية لهما على دمهما ولذا لا يملكان الاباحة فلو قال لشخص اقتلني لا يصح امره ولا يحل للآخر قتله وهذا احد الروايتين في القصاص وهي رواية الخصاف قال شمس الائمة في شرح ادب الخصاف من اصحابنا من قالوا هذا في الحدود الخالصة حقا لله تعالى لان الامام هو المتعين لاستيفائها وليس لهما ولاية على سائر الناس فاما القصاص وحد القذف فيجوز التحكيم فيهما ولكن الخصاف اطلق وقال لا يجوز وهو الصحيح لان حكم الحكم بمنزلة الصلح ولا يجوز استيفاء القصاص وحد القذف بالصلح ويصح التحكيم في المجتهدات قال صاحب الهداية وتخصيص الحد والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات وهو الصحيح وفي الخلاصة قضاء الحكم في الطلاق والعتاق

والنكاح والكفالة بالمال والنفس والديون والبيوع والكفارات والقصاص واروش الجنايات وقطع
يد عمد ودم عمد ببينة عادلة جاز اذا وافق راى القاضى وعن ابى حنيفة لا يجوز فى القصاص ونقل الناطفى عن ابى
بكر الرازى فى القصاص ينبغى ان يجوز لان ولى القصاص لو استوفى القصاص من غير ان يرفع الى السلطان
جاز فكذا اذا حكم فيه لانه من حقوق بنى آدم قالوا ولا يفتى به اى بصحة التحكيم فى غير ما ذكر دفعا لتجاسر العوام
على هدم مذهبنا فى الفتاوى الصغرى حكم الحكم فى الطلاق المضاف ينفذ لكن لا يفتى به وفيها روى على اصحابنا
ما هو اوسع من هذا وهو انه اذا استفتى اولا فقيها فافتاه ببطلان اليمين وسعه امساك المرأة فان تزوج
اخرى وكان حلف بطلاق كل امرأة يتزوجها فاستفتى فقيها آخر فافتاه بصحة اليمين فانه يفارق الاخرى
ويمسك الاولى عملا بفتواهما وفى الذخيرة فيمن تزوج امرأة بغير ولى فطلقها ثلاثا فبعث القاضى الى شافعى
ليحكم بينهما ببطلان ذلك النكاح وببطلان الثلاث يجوز وكذا لو حكما بذلك حكما يجوز ولا يفتى به لما مر آنفا من
خشية تجاسر العوام على هدم المذهب قال وكذا من غاب عن امرأته غيبة منقطعة ولا يخلف لها نفقة فبعث
الى شافعى ليحكم بفسخ النكاح لعجز النفقة يجوز ولو حكماه فى دم خطاء فحكم بالدية على العاقلة لا ينفذ لانه لا
ولاية له على العاقلة اذ لم يحكموه وكذا لو حكم على القاتل بالدية فى ماله فان القاضى يرده ويقضى ما هو الحق وهو كونه
على العاقلة لانه مخالف لرأيه وللنص الا اذا ثبت قتل الخطاء باقراره فح يجوز قضاؤه بالدية على العاقلة لان العواقل
لا تعقل القتل الثابت بالاقرار [illegible] كما لا تعقل العمد والصلح على الدية لان اقراره
لا ينفذ فى حقهم اذ لا ولاية له عليهم فاقتصر على نفسه فوجب الدية فى ماله وعلى هذا التفصيل اروش الجراحات ان
كانت بحيث لا يعقلها العاقلة بل يجب فى مال الجانى بان كانت دون ارش الموضحة وهو خمسمائة درهم وثبت ذلك
بالاقرار او النكول او كان عمدا او ان بلغ خمسمائة فقضى الحكم على الجانى جاز لانه لا يخالف الشرع واعلم ان الخصمين
لو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما لان الحكم امر يحتاج فيه الى الرأى وانما رضى الخصمان برأيهما فلا ينفرد احدهما ثم
لا يصدق الحكمان فى اخبارهما عن الحكم اذا قاما لانعزالهما فالتحقا بالرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل
باشراه حتى يشهد على ذلك غيرهما ولو شهد عند الحكمين شاهدان ثم مات الشاهدان او ماتا فسأل
المدعى الحكمين ان يشهدا له على شهادتهما لم يجز لانهما ما حملاهما فلا يجوز ان يشهدا على شهادتهما ولو امر
الامام رجلا ان يحكم بين الناس وهو ممن يجوز شهادته له جاز ويصير كالقاضى ولو امر القاضى رجلا لم يجز الا باذن
الامام ولو حكما رجلا فاخرجه القاضى من الحكومة فحكم بعده بينهما فاجازه جاز وليس للحكم ان يفوض الى غيره
ولو فوض وحكم الثانى بلا رضاهما فاجازه القاضى لم يجز الا ان يجيزاه بعد الحكم الكل من فتح القدير ولا يصح حكم
المحكم ولا المولى اى المقلد من السلطان لابويه وولده وزوجته وكل من لا تقبل شهادته له لمكان التهمة
ويصح حكم المولى عليهم لانتفائها ويصح حكم المولى لمن ولاه وعليه لانه نائب عن المسلمين لا عنه ولهذا
لا ينعزل بموته كذا فى الاختيار وقال قاضيخان لا يجوز قضاء القاضى لمن لا يجوز شهادته له ومن جاز شهادته
عليه جاز قضاؤه عليه ويجوز قضاء القاضى للامير الذى ولاه وكذلك قضاء القاضى الاسفل للقاضى الاعلى وقضاء
الاعلى للقاضى الاسفل ويجوز قضاء القاضى لام امرأته بعد ما ماتت امرأته ولا يجوز ان كانت امرأته حية
وكذا لو قضى لامرأة ابيه بعد ما مات الاب جاز فان كان الاب حيا لا يجوز انتهى مسائل شتى
من كتاب القضاء ليس لذى سفل عليه علو لغيره ان يتد ذو السفل فى سفله وتدا او ينقب فيه كوة بغير

الكاف

الكاف بلا رضى ذى العلو وكذا ليس له ان يدخل فيه جذعا والاتفاق على انه ليس له ان يهدم سفله لما فيه من
ابطال حق صاحب العلو فى سكناه العلو قال لذى العلو ان يبنى عليه اى على علوه او يضع عليه جذعا او يشرع
كنيفا عنده وعندهما لكل واحد منهما اى من صاحب السفل والعلو فعل ما لا ضرر فيه بلا رضى الآخر وقيل قولهما تفسير
لقوله يعنى قيل ما حكى عنهما تفسير لقول ابى حنيفة لانه انما يمنع ما فيه ضرر ظاهر لا ما لا ضرر فيه فلا خلاف بينهم والاصح
ان بينهما خلافا وهو فى محل وقوع الشك فلا شك فى عدم ضرره كوضع مسمار صغير او وسط يجوز اتفاقا
وما فيه ضرر ظاهر كفتح الباب ينبغى ان يمنع اتفاقا وما يشك فى التضرر به كان الوتد فى الجدار او السقف فعندهما
لا يمنع لان الاصل هو الاباحة لانه تصرف فى ملكه والحظر بعارض الضرر فاذا اشكل لم يجز المنع لان اليقين لا يزال بالشك
كما لو باع نصيبه من العبد المشترك يجوز ولو كاتب نصيبه لا يجوز وللشريك حق فسخه وعنده الاصل هو الحظر لانه تصرف
فى محل تعلق به حق محترم للغير ولهذا يمنع من هدمه اتفاقا وتعلق حق الغير بملكه يمنع تصرفه به كالمرهون والمستأجر
تعلق به حق المرتهن فمنع الراهن من التصرف فيه وذكر شيخ الاسلام عن بعضهم على قول ابى حنيفة صاحب العلو
لا يملك التصرف فيه وان لم يضر بالسفل رواية واحدة وقال شيخ الاسلام ايضا اذا اشكل تصرف صاحب العلو
هل يضر بالسفل ام لا لا يملكه بالاتفاق وقال الصدر الشهيد المختار انه اذا اشكل لا يملك واذا لم يضر يملك
وذكر قاضيخان لو حفر صاحب السفل فى ساحته بئرا او ما اشبه ذلك عند ابى حنيفة له ذلك وان تضرر صاحب
العلو وعندهما الحكم معلول بعلة الضرر وعلمت ان ليس لصاحب السفل هدمه فلو هدمه يجبر على بنائه لانه
تعدى على حق صاحب العلو وهو قرار العلو كالراهن اذا قتل المرهون والمولى اذا قتل عبده المديون وهذا اصل
كلى كل من اجبر على ان يفعل مع شريكه فاذا فعل احدهما بغير امر شريكه فهو متطوع لان له طريقا وهو المطالبة بالحكم كما
فى الفعل كنهر بينهما امتنع احدهما عن كريه وكرى الآخر وسفينة بحر او بيتا او دارا وحمام او طاحونة فاصلحه
احدهما او عبد مشترك جنى ففداه احدهما فهو متطوع لان الآخر يجبر وان كان لا يجبر لم يكن متطوعا كعلو
لرجل وسفل لآخر سقط السفل فبناه الآخر لا يكون متطوعا لانه لا يجبر ويمنع صاحب السفل من الانتفاع بالسكنى
حتى يؤدى قيمته واختلفوا ان القيمة تعتبر وقت البناء او وقت الرجوع والصحيح وقت البناء وانما قلنا لا
كالدار والبيت والطاحونة والحمام ما ذكرنا اذا كان يمكن قسمة ما لا قسمة فيبنى فى نصيبه فى الطاحونة فى الفصل
الثانى فى الحايط وعمارته قال وذكر الخصاف انه يرجع بما انفق وهذا عندى فى غاية الحسن اذا كان بقضاء فاما
ويجب ان لا يضمن لو علا البناء السفل على قدر ما كان عليه ذلك القدر اما اذا كانت الساحة صغيرة لا يمكن
بناء ذلك فيها بعد القسمة فانه اذا بنى لا يكون متطوعا وكذا اذا انهدم بعضه لانه لا يمكن الانتفاع بنصيبه
الا ببنائه فلا يكون متطوعا وفى فتاوى النسفى داران لجارين سطح احدهما اعلى ويسيل ماء العليا على الاخرى فاراد
صاحب السفلى ان يرفع سطحه او يبنى عليه له ذلك وليس للجار منعه ولكن يطالبه بتسييل مائه الى طرف الميزاب
وان انهدم السفل او هدمه المالك ليس للآخر ان يكلفه العمارة لاجل رسالة الماء لكن يبنى هو ويمنع صاحبه
من الانتفاع انتهى ففرق بين حق التعلى وبين حق التسييل حيث لو هدم فى الاول يجبر على البناء ولو هدم
فى الثانى لا يجبر وفى الحايط بين اثنين لو كان لهما عليه خشب فبنى احدهما للثانى ان يمنع الآخر من وضع
الخشب على الحايط حتى يعطيه نصف قيمة البناء مبنيا وفى الاقضية حايط مشترك اراد احدهما نقضه وابى
الشريك ان كان بحال لا يخاف سقوطه لا يجبر وان كان بحيث يخاف عن الامام ابى بكر محمد بن الفضل يجبر

وان هدماه واراد احدهما ان يبني وابى الآخر ان كان راس الحائط عريضا يمكنه ان يبني حائطا في نصيبه
بعد القسمة لا يجبر الشريك وان كان لا يمكن يجبر كذا عن الامام ابي محمد بن الفضل وعليه الفتوى وتفسير الجبر
انه ان لم يوافقه الشريك انفق على العمارة ورجع على الشريك بنصف ما انفق وفي شهادات فتاوى الفضلي
لو هدماه وامتنع احدهما يجبر ولو انهدم لا يجبر ولكن يمنع من الانتفاع به ما لم يستوف نصف ما انفق فيه ان فعل
ذلك بقضاء القاضي وان كان بلا قضاء فبنصف قيمة البناء انتهى فلو حمل ما تقدم من لزوم الرجوع بقيمة البناء على ما اذا
كان بلا قضاء وقول الخصاف مع قول ابن الفضل بما انفق على ما اذا كان بقضاء ارتفع الخلاف والظاهر فليكن
هو المحمل وهذا لانه لما كان مضطرا الى البناء كان له تضمين ما صرف كذلك غير انه ليس مضطرا الى تركه مراجعة من له
الولاية على الشريك وهو القاضي فيرجع الى القيمة ولو كان الحائط صحيحا فهدم احدهما باذن الشريك لا شك في انه
يجبر الهادم على البناء ان اراده الآخر كما لو هدماه وان هدمه بغير اذن الشريك ان لم يكن للتراب قيمة ولا يزداد قيمة
الارض ببناء الحائط ضمن قيمة نصيب شريكه من الحائط بالغة ما بلغت وان كان للتراب قيمة يرفع قيمة التراب
من نصيب شريكه الا اذا اختار ان يترك التراب عليه ويضمنه قيمة نصيبه فح لا يرفع منه قدر قيمة نصيبه من التراب
وان كانت الارض يزداد قيمة ببناء الحائط يقوم الحائط بارضه وبنائه ثم يرفع عنه قدر الارض بدون البناء
فيضمن نصيب الشريك مما بقي من بنائه وفي دعوى النوازل ان كان نصيبه قدر ما يبني فهو متطوع وان كان ما
يصيبه قدر ما يبني يرجع على شريكه بنصف ما انفق وفي كتاب الحيطان رجل اراد ان يهدم داره ولاهل السكة ضرر
لانه يخرب السكة المختار انه يمنع فلو هدم مع هذا وانه يضر بالجدار ان كان قادرا على البناء يجبر على البناء قيل والاصح انه
لا يجبر وفي كتاب الغصب من الخلاصة رجل هدم داره فانهدم دار جاره لا يضمن وليس لاهل زائغة مستطيلة تتشعب
منها زائغة مستطيلة اخرى غير نافذة فتح باب في المتشعبة يعني ليس لاهل المستطيلة ان يفتحوا في جدار ذلك بابا يخرج
منه الى الزائغة المتشعبة والذي يمكننا ان يفتح بابا في الزائغة القصوى هو صاحب الدار التي في ركن الزائغة الثانية
وانما قلنا ليس لهم ذلك لان فتحه للمرور ولاحق لاهل الزائغة الاولى في المرور في الزائغة القصوى بل هو لاهلها على الخصوص
ولذا لو بيعت دار في القصوى لم يكن لاهل الاولى شفعة فيها بخلاف اهل القصوى فان لاحدهم ان يفتح بابا في الاولى
لان له حق المرور فيها وفي المتشعبة النافذة لهم ذلك فان المرور فيها حق العامة ولاخلاف ان له ان يفتح قال
بعض المشايخ لا يمنع من فتح الباب بل من المرور لان فتح الباب رفع جداره وله ان يرفعه كله فكذا له ان يرفع بعضه
والاصح ان يمنع من الفتح لانه منصوص عليه في الرواية بنص محمد في الجامع ولان المنع بعد الفتح لا يمكن او لا يمكن مراقبته
ليلا ونهارا في الخروج فيخرج وفي زائغة متشعبة مستديرة لزق طرفاها لهم ذلك اي لهم ان يفتحوا الا ان لكل احد
منهم حق المرور في كلها اذ هي ساحة مشتركة غاية الامر ان فيها اعوجاجا ولهذا اشتركوا في الشفعة اذا بيعت
دار وفي الحيطان زقاق غير نافذة اراد واحد من اهلها ان يتخذ طينا ان ترك من الطريق قدر الممر للناس ويرفعه
سريعا ويفعل ذلك احيانا مرة لا يمنع منه وكذا لو اراد ان يبني دكانا ولو استاذن رجلا في وضع جذوع على حائطه
او حفر سرداب تحت داره ففعل ثم باع الآذن داره للمشتري كان ياخذه برفعها الا ان يشترط بقاءها في البيع
وكذا لو كان نصب اعمدة ملاصقة لجدار الرجل مقابل لبابه ونصب عليها وعلى وجه داره سقيفة للمشتري ان
يطالبه بازالتها الا اذا شرطها ولو ان لرجل حائطا ووجهه في دار رجل فاراد ان يطين حائطه ليس له السبيل اليه
الا بدخول دار الرجل او انهدم الحائط فوقع نقضه في داره فاراد ان يدخل ليسيل الطين وغيره فمنعه صاحب

الدار او له مجرى ماء في داره فاراد حفره واصلاحه ولا يمكن الا بدخول دار الرجل وهو يمنعه يقال له اما ان تتركه يدخل
ويصلح ويفعل او تفعل بمالك كذا روي عن محمد وبه اخذ الفقيه ابو الليث وفي متفرقات النوازل دار مشتركة بين قوم
لبعضهم ان يربطوا الدابة فيها وان يضعوا الخشبة على وجه لا يضر بصاحبه وان يتوضؤوا بحيث لا يضيق عليهم الطريق
لمرورهم ولو عطب بها احد لا يضمن ولو حفر الارض يؤمر ان يسويها فان نقص الحفر يضمن النقصان وكذا لو كان
الطريق بين قوم وهو غير نافذة غير ان في الطريق لا يضمن نقصان الحفر وفي ادب القاضي قبيل باب قسمة الدار رجل
اصابه ساحة في القسمة فاراد ان يبنيها ويرفع بناءها واراد الآخر منعه وقال تسد علي الريح والشمس له ان يمنع بناءه
وله ان يتخذ فيها حماما او تنورا وان كف عما يؤذي جاره فهو حسن ولا يجبر على ذلك ولو فتح صاحب البناء في علو بنائه
بابا او كوة لم يكن لصاحب الساحة منعه ولصاحب الساحة ان يبني في ملكه ما يستر جهته ولو اتخذ بئرا في ملكه او
كرباسا او بالوعة فنز منها حائط جاره وطلب جاره منه تحويله لم يجبر عليه فان سقط الحائط من ذلك لم يضمن
هذا كله ظاهر المذهب وجواب الرواية وحكي عن ابي حنيفة ان رجلا شكى اليه من بئر حفرها جاره في داره فقال
احفر في دارك بقرب تلك البئر بالوعة ففعل فتنجست البئر فكبسها صاحبها ولم يفقه بمنع الحافر بل هداه الى هذه
الحيلة وبذلك كان يفتي الشيخ الاسلام ظهير الدين المرغيناني وفي متفرقات النوازل لو اتخذ داره حظيرة للغنم في سكة
غير نافذة والجيران يتاذون من نتن السرقين ولا يامنوا من الرعي ليس لهم في الحكم منعه وبه قال الشيخ ابو جعفر
قال في فصول العمادي نقلا عن الذخيرة بعد ان نقل عن نصير بن يحيى ان للقاضي منع الجار من ذلك وذكر غيره متمسكهم
بقوله عليه السلام لا ضرر ولا اضرار والوجه ظاهر الرواية ان صاحب البناء كان ينتفع بهواء ملك صاحب الرحبة
قبل البناء فصاحب الساحة اذا سد الهواء بالبناء فانما منعه عن الانتفاع بملكه ولا يتلف عليه ملكا ولا منفعة فصار
كما لو كان لرجل شجرة يستظل بها جاره فاراد قلعها لا يمنع من ذلك وان تضرر به الجار لمنعه من ذلك الانتفاع وتغيير
هذه المسئلة رواية في مسئلة لا رواية في الكتب فصورتها بالفارسية في الذخيرة وغيرها وحاصلها بالعربية داران
لرجلين لكل منهما سقف واحد فاراد احدهما ان يرفع البناء ويجعله ذا سقفين قال في الفتاوى الصغرى ان كان
في القديم بسقف واحد للآخر ان يمنعه وان كانا بسقفين فليس له منعه قال وحد القديم والآخر على انه محدث فبينة
القديم اولى قال ولا تقبل شهادة اهل السكة في هذا قال ما في الذخيرة ينبغي ان لا يكون له المنع على هذه المسئلة لان
صاحب البيت الآخر يجعل بيته ذا سقفين ويمنعه من الانتفاع بهواء ملكه نفسه اشهر وعلى تقدير الفرق فالفرق ان في
هذه المسئلة وهي مسئلة البيتين يريد ان يمنعه من الضوء والضوء من الحوائج الاصلية وفي مسئلة الاصل يمنعه عن الشمس
والريح وذا من الحوائج الزائدة انتهى واما قوله عليه السلام لا ضرر ولا اضرار فلا شك انه عام مخصوص القطع بعدم امتناعه
كثير من الضرر كالتعازير والحدود ونحو ما طبخ ينتشر به دخان قد يجب في خصوص اماكن فيتضرر به جيران لا يطيقون
لفقرهم وحاجتهم خصوصا اذا كان فيهم مريض يتضرر به وكما اريناك من التضرر البين الفاحش وفي الذخيرة حكى
عن بعض مشايخنا ان الدار اذا كانت مجاورة لدور فاراد صاحب الدار ان يبني فيها تنورا للخبز الدائم
او رحى للطحن او مدقة للقصارين يمنع منه لانه يتضرر به جيرانه ضررا فاحشا قيل اجمعوا على منع الدق الذي يهدم
الحيطان ويوهنها ودوران الرحى من ذلك وحاصل ان القياس في جنس هذه المسائل ان يفعل صاحب الملك
ما بدا له مطلقا لانه متصرف في خالص ملكه وان كان يلحق الضرر بغيره لكن يترك القياس في موضع يتعدى ضرره
الى غيره ضررا فاحشا كما تقدم وهو المراد بالبين كما ذكره الصدر الشهيد وهو ما يكون سببا للهدم وما يوهن البناء

سبب لانه يخرج عن الانتفاع بالكلية وهو ما يمنع الحوائج الاصلية كسد الضوء بالكلية على ما ذكر في الورق المتقدم واختاروا الفتوى عليه واما التوسع الى منع كل ضرر فيسد باب الانتفاع بملكه الان كما ذكرنا قريبا ومنه ما ذكر ابو الليث في فتاواه حجرة سطحها وسطح جاره مستويان فاخذه جاره حتى يتخذ حائطا بينه وبين جاره ليس له ذلك فلو اراد ان يمنعه من الصعود حتى يتخذ سترة ان كان اذا صعد يقع بصره في دار جاره له المنع وان كان لا يقع لكن يقع اذا كانوا على السطح ليس له المنع قال في فصول العمادي وعلى قياس المسئلة المتقدمة وهو ان لا يمنع صاحب السفل ان يفتح صاحب العلو ينبغي ان لا يكون في هذه للجار حق المنع من الصعود وان كان بصره يقع في دار جاره الا ترى ان محمدا لم يجعل لصاحب السفل حق منع صاحب البناء من فتح الكوة في علوه مع ان بصره يقع في الساحة والمراد من قوله يأخذ جاره ببناء السترة ان يشار كه في بنائها الا ان يستقل هو بذلك ويدل بعض العبارات في كتاب الحيطان دار بين رجلين قسماها وقال احدهما ابني حاجزا بيننا ليس على الاخر اجابته وان كان احدهما يؤذي الاخر بالاطلاع عليه كان للقاضي ان يأمرهما ببناء حائط يتجاران نفقته بقدر حصة كل منهما يفعل القاضي للمصلحة ونظيره ما في فتاوى ابي الليث رجل في داره شجرة فصاد ما ذار فانها يطلع على عورات الجار يمنعه القاضي منه اذا رآه قال في الذخيرة وعلى قياس مسئلة فتح الكوة ليس للجار ولاية المرافعة ولا للقاضي المنع انتهى ولقد احسن الصدر الشهيد في واقعاته حيث قال المختار ان المرتقي يخبرهم وقت الارتقاء مرة او مرتين حتى يستروا انفسهم لان هذا جمع بين الحقين الكل من فتح القدير ومن ادعى هبة في وقت فسئل بينة يعني من ادعى دارا مثلا في يد رجل انه وهبها في وقت معين كقوله منذ شهر وسلمها اليه فملكها وهي الان في يده واطالبه بدفعها اليه فطالبه القاضي بالبيان فقال جحدني الهبة فاشتريتها منه اي قال الميسر بينة على الهبة بل على الشراء لانه بعد الهبة والتسليم ظفر بها فجحدها عني فاشتريتها منه وادعى الهبة وارخ فطولب بالبينة فقامت على الشراء بعدها ولم يقل ذلك اي لم يقل جحدني الهبة فاشتريتها فبرهن على الشراء بعد وقت الهبة تقبل لان دعوى الشراء بعد الهبة مقرر لملك الواهب عند الهبة فلم يكن مناقضا فتقبل ولو برهن على الشراء قبلها اي قبل وقت الهبة لا تقبل لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عند الهبة ودعوى الشراء قبلها رجوع منه فصار مناقضا فلا يقبل ولو لم يؤرخ الشراء تقبل البينة كما لو ذكر تاريخا بعد الهبة لامكان الحمل على ما ينتفي به التناقض وعلى هذا الروايتين في تصحيح الدعوى اذا امكن التوفيق وان لم يوفق المدعي وشاهده ما ذكر في رجل ادعى على ذلك بينة او لم يقم بينة وحلف المدعى عليه ثم اقام بينة انها داره ورثها من ابيه قبل القاضي بينته تكون دعواه تناقضا ولو ادعى الارث من الاب او الام ادعى الشراء منه بعد ذلك واقام عليه بينة لا يقضى له بالدار لامكان التوفيق في الاول بخلاف الثاني قال شيخ الاسلام اذا امكن التوفيق تصح الدعوى وان لم يدع المدعي التوفيق وفي دعوى المبسوط اشارة الى انه لا تقبل بينته الا ان يوفق المدعي فكان التوفيق من المدعي شرطا في رواية وليس شرطا في اخرى وفي المحيط قيل ما قالوا يوفق بغير دعوى المدعي قياس وما قالوا لا يوفق بلا دعواه استحسان ومن ادعى ان زيدا اشترى جاريته فانكر زيد شراءها وترك هو اي البائع دعواه خصومته حل له اي للبائع وطؤها لوجهين احدهما ان المشتري لما جحد كان فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت بالجحد كما اذا تجاحدا معا حيث ينفسخ قطعا فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ اورد عليه ان مجرد العزم لا يحصل به الفسخ الا ترى ان من له خيار الشرط اذا عزم بقلبه على فسخ العقد لا ينفسخ والجواب بان المراد العزم المؤكد بفعل اقترن به من امساكها او نقلها الى بيته فان امسكها لا لحيل بلا فسخ فكان الفسخ

ثابتا به

ثابتا به دلالة لكن قال الاخر اجرتك هذه الدابة يوما بكذا التسركها الى مكان كذا فاخذها المستاجر لير كبها كان ذلك قبولا دلالة لان الاخذ والاستعمال لا يحل بلا قبول وفي المحيط تفسير العزم على ترك الخصومة بالقلب عند بعضهم وقيل ان يشهد بلسانه على العزم بالقلب ولا يكتفى بمجرد النية وبنى في الفوائد الظهيرية عليه فرعا ذكره في الجامع اشترى عبدا ثم باعه من آخر فجحد المشتري الثاني البيع فخاصمه المشتري الاول الى القاضي ولا بينة له فعزم المشتري الاول على ترك الخصومة ثم اطلع على عيب كان عند البائع الاول واراد رده فاحتج البائع الاول عليه بدعواه البيع على الثاني فان كان عزم المشتري على ترك الخصومة كان بعد تحليف الثاني يرده او قبله فلا لانه غير مضطر في فسخ البيع الثاني وهذا بخلاف ما لو جحد الزوج النكاح وحلف وعزمت الزوجة على ترك الخصومة لم يكن لها ان تتزوج والنكاح لا يحتمل الفسخ بسبب من الاسباب بخلاف سائر العقود فانها تنفسخ بالتجاحد الوجه الثاني التزام ان الفسخ يحصل بواحد لانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضى البائع فيستبد بفسخه لفوات شرط البيع وهو التراضي والوجهان مذكوران في الهداية وسنذكر نظر صاحب الكافي في تدافع الوجهين ومن اقر بقبض عشرة دراهم فادعى انها زيوف او نبهرجة صدق يعني اقر انه قبض من مديونه بدين قرض اقرضه او ثمن مبيع او بدل اجارة او قال غصبت منه او اودعني عشرة دراهم ثم قال الا انها زيوف او نبهرجة او قال بعد نعم كانت زيوفا او نبهرجة يصدق في الوصل والفصل وفي المبسوط اقر الطالب بانه قبض من ماله على فلان مائة درهم ثم قال وجدتها زيوفا فالقول قوله وصل ام فصل بخلاف ما اذا اقر بالدين في المبسوط في باب الاقرار بالدين او قال لفلان على الف درهم من ثمن مبيع او قرض او اجارة الا انها زيوف او نبهرجة لم يصدق في دعوى الزيافة وصل ام فصل في قول ابي حنيفة وعندهما يصدق ان وصل لا ان فصل ولو قال لفلان على الف درهم من غير ذكر سبب تجارة او غصب قال بعض المشايخ هو على الخلاف ايضا لان مطلق الاقرار بالدين ينصرف الى الالتزام او بالتجارة اذ هو الاليق بحال المسلم وقيل يصدق ههنا اذا وصل بالاتفاق لان صفة الجودة تصير مستحقة بعقد التجارة فاذا لم يصرح في كلامه بجهة التجارة لا تصير صفة الجودة مستحقة وقال الشافعي واحمد اذا فصل لا يقبل في جميع الصور لانه كما ذكر العشرة فهم الجياد وقوله بعد زيوف رجوع عما اقر به قلنا في مسئلتنا انما اقر بقبض وقبض الدراهم لا يختص بالجياد لان اسم الدراهم لا يختص بالجياد بل تقع على الزيوف والنبهرجة فاذا قال هي زيوف او نبهرجة كان حاصله انه اعترف بقبض عدة من الدراهم منكرا انه قبض حقه اعني الجياد فيصدق مع يمينه اذا كان الاخر يكذبه ولم يكن رجوعا عن شيء لان الاعم يصدق على كل اخص فاذا نفى انه بعض ما صدق عليه بعينه وانه مما صدقته الاخرى لا يكون مناقضا لا يصدق ان ادعى انها ستوقة او رصاص لانها ليست من جنسها فكان رجوعا وانما لم تكن الستوقة من جنس الدراهم لان غشها غالب واسم الدراهم باعتبار الفضة فاذا كان الغالب هو الغش فليست دراهم الا مجازا ولذا قيل هو معرب سه طاقه يعني ثلاث طاقات الطاق الاعلى والاسفل فضة والاوسط نحاس وهي شبه المموه وفي النهاية قوله في الستوقة لا يصدق هذا اذا قال مفصولا اما في الموصول يجب ان يصدق فانه قال في اقرار المبسوط لو اقر انه قبض خمسمائة درهم من ماله على المديون ثم قال بعدما سكت هو رصاص حقيقة وان قال موصولا فالقول قوله لان الرصاص من الدراهم صورة وان لم يكن منها معنى فكان بيانا مغيرا لظاهر كلامه الى ما هو محتمل فيصح موصولا ففي الستوقة اولى لان الرصاص ابعد منها الى الدراهم وذكر المحبوبي في جامعه مصرحا فقال اما اذا قال وجدتها ستوقة او رصاصا قال شيخ الاسلام خواهر زاده ذكر محمد انه يصدق

اذا كان موصولا وقد مرّ ان القول قول القابض مع يمينه فلا يمين على الطالب انها كانت جيادا في قول ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف احلفه اذا اتهمته ولان اقر بقبض الجياد او حقه او الثمن او بالاستيفاء اي او اقر باستيفاء
ماله عليه يعني لا يصدق في دعواه الزيوف والنبهرجة لانه في هذا مقر بقبض صريحا في الاول ودلالة فيما بعده لان حقه
والثمن وكذا بدل الاجارة هو الجياد وقال في النهاية جمع صاحب الهداية بين هذه المسائل الاربع في الجواب بانه لا يصدق
وليس الحكم فيها على السواء فانه اذا اقر بقبض الجياد ثم ادعى انها زيوف لا يصدق لا موصولا ولا مفصولا وفيما بقي
يصدق موصولا لا مفصولا والفرق ان قوله قبضت مالي عليه او حقي اقرار بقبض القدر والجودة بلفظ واحد فاذا
استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فيصح موصولا كما لو قال علي الف درهم الا مائة اما اذا قال قبضت عشرة
جيادا فقد اقر بالقدر بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة فاذا قال الا انها زيوف فقد استثنى الكل في حق
الجودة وذلك باطل كما قال علي مائة درهم ودينار الا دينارا فان الاستثناء باطل وان كان موصولا والزيف ما يرده
بيت المال ويروج فيما بين التجار والنبهرجة ما يرده التجار ايضا اي كما يرده بيت المال والستوقة ما غلب غشه
ومن قال لآخر لي عليك الف فقال ليس لك علي شيء ثم قال في مجلسه نعم عليك الف لا يقبل منه بلا حجة يعني من قال لآخر لك
علي الف درهم فقال له ليس لي عليك شيء او قال هو لفلان فقد رد اقراره فلو عاد الى تصديقه وادعى
الالف لم تسمع منه الا ان اعاد المقر الاقرار بها بعد رد المقر له فصدقه بعد الاقرار الثاني فانه يثبت استحسانا لا قياسا
بخلاف ما لو اقر سيد العبد بنسبه لان فكذبه المقر له ثم اعاده المقر لنفسه حيث لا يثبت عند ابي حنيفة لان الاقرار
بالنسب لا يرتد بالرد حتى كان للمراد ان يعود ويدعيه فلما لم يبطل بقي حق المقر بنسبه لغيره فلا يمكن ان يدعيه لنفسه
بخلاف ما لو كذب من قال له اشتريت مني هذا ثم صدقه يعني لو كان الاقرار بسبب المال مثل ان يقول اشتريت
مني وانكر له ان يعود فيصدقه لان احد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ فانكاره ان كان فسخا من جهته لا يحصل
الانفساخ وكان العقد قائما بعد انكاره فله ان يصدقه بعد ذلك فاما المقر له بالمال فينفرد بالرد فافترقا وناقضه
في الكافي بانه ذكر هنا ان احد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ وفيما تقدم يعني من مسئلة التجاحد قال ولانه لما تعذر
استيفاء الثمن من المشتري فات رضى البائع فيستبد بالفسخ والتوفيق بين كلاميه صعب انتهى فهو
صحيح ويقتضي انه لو تعذر الاستيفاء مع الاقرار بان مات ولا بينة له ان يفسخ فالوجه ما قدمناه اولا فرعان ذكرهما
في النهاية لو صدقه ثم رد اقراره لا يرتد ولو وهبت المرأة صداقها الزوج فقبل ثم رده فرده باطل وكذا لو قبل المديون
الابراء ثم رده وكذا لو قال لعبده وهبت لك رقبتك فرد لا يرتد لانه اعتاق هذا كله في رد المقر له اقرار المقر فاما
لو رد المقر اقرار نفسه كان اقر بقبض المبيع او الثمن ثم قال لم اقبض واراد تحليف الآخر انه اقبضه او قال بعد ان
اقر بقبض المبيع لم اقبض او قال هذا لفلان ثم قال هو لي واراد تحليف فلان او اقر بدين ثم قال كنت كاذبا
واراد تحليف الدائن انه اقبضه لا يحلف في المسائل كلها عند ابي حنيفة ومحمد لانه متناقض فهو كما لو قال
ليس لي على فلان شيء ثم ادعى عليه مالا واراد تحليفه لا يحلف وعند ابي يوسف والائمة الثلاثة يحلف وهو رواية عن
احمد لان العادة جرت على هذه الاشياء قبل تحققها تحرزا عن امتناع عن القابض عن الاشهاد بعد ان يسلمه
فيجب ان يراعى العادة وصار كما لو اقر بالبيع وقال كان تلجئة وطلب يمين الآخر حلف عليه كذا هنا وقال الصدر الشهيد
الرأي في التحليف الى القاضي يريد انه يجتهد في خصوص الوقائع فان غلب على ظنه انه لم يقبض حين اقر واشهد
يحلف له خصمه ومن لم يغلب على ظنه فيه ذلك لا يحلفه وهذا انما هو بالتفرس في الاخصام والله الهادي ومن قال لمن

ادعى عليه مالا يعني من ادعى على آخر مالا معلوم القدر وما تصح به الدعوى فقال المدعى عليه ما كان لك علي شيء قط فبرهن
المدعي عليه به فبرهن هو اي المدعى عليه على القضاء او برهن على الابراء قبلت بينته وقال زفر لا تقبل في الابراء ونقل
عن ابن ابي ليلى لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكر الوجوب حيث قال ما كان لك علي شيء قط فاذا اقام على انه قضاه
ناقض ولنا ان التوفيق ممكن لان غير المحق قد يقضي دفعا للشغب وان لم يكن عليه حق ويبرأ منه ولذا يقال قضى بباطل
وايضا قد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضي وكذا لو قال ليس لك علي شيء قط لان التوفيق اظهر لانه نفي في الحال والاستلزم
النفي مطلقا لجواز القضاء او الابراء بعد اللزوم فينتفي في الحال بعد وجوده وهذا الاطلاق يقتضي قبول البينة اذا اختلفت
الى التوفيق من غير دعوى التوفيق وفي بعض المواضع شرط محمد دعوى التوفيق ولم يذكر في بعض المواضع فقيل يشترط
الدعوى في الكل ويحمل ما سكت فيه على ما ذكر فيه حتى قال في الاقضية لا ينبغي للقاضي ان يوفق لانه نصب لفصل الخصومات
لا لانشائها ولان القاضي لا يدري ما يوفق به الدعوى وفي الفوائد الظهيرية كان والدي يفتي بالتوفيق اذا
كان ممكنا يجب على الحاكم التوفيق كيلا يتعطل حجج الشرع والتوسط في هذا ان وجه التوفيق اذا كان ظاهرا متبادرا
يجب ان تسمع البينة بلا توفيق المدعي كقوله ليس لك علي شيء ثم اقامها على انه قضاه ونحوه وان كان متكلفا لا يعتبر
القاضي وافقا ما لم يذكره المدعي وذلك مثل قوله وهبها لي ثم انكر فاشتريتها وكذا فيما يأتي في الجارية لم ابعها له
ولكن اقام بينة كاذبة بالبيع فسألته ان يبرئني من العيوب فان مثل هذا في الحقيقة لحجج هذا وان زاد على الانكار
فقال ما كان لك علي شيء قط ولا اعرفك او قال ولا رأيتك ولا جرى بيني وبينك مخالطة ولا خلطة ولا اخذ ولا اعطاء
او ما اجتمعت معك في مكان وما اشبه ذلك ثم اقام بينة على القضاء او الابراء فلا تقبل بينة على القضاء والابراء
فلا تقبل بينته على القضاء والابراء لتعذر التوفيق لانه لا يكون بين اثنين اخذ واعطاء واقتضاء ومعاملة
ومصالحة بدون المعرفة وذكر القدوري عن اصحابنا انها تقبل ايضا لان المحتجب او المخدرة قد يؤذى بالشغب على
بابه فيأمر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فامكن التوفيق فعلى هذا قالوا يجب التفصيل فان كان
المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بينته والا قبلت وفي الاثاني لو قال لم ادفع اليه شيئا ثم ادعى الدفع
لم يسمع لانه يستحيل ان يقول لم ادفع اليه شيئا وقد دفعته اما لو ادعى اقراره بالدفع اليه او القضاء ينبغي ان يسمع
لان المتناقض هو الذي يجمع بين كلامين وهنا لم يجمع وكذا لو صدقه المدعي عيانا لا يكون متناقضا ذكره التمرتاشي
وقيل تقبل البينة على الابراء في هذا الفصل باتفاق الروايات لان الابراء يتحقق بلا معرفة ولو ادعى على آخر بيعا منه
منه واراد رده بعيب فانكر فبرهن المدعي على البيع والمنكر على البراءة من كل عيب لا يسمع برهان المنكر يعني من
ادعى على آخر انه باعه جارية فقال لم ابعها منك قط فاقام المدعي البينة على شرائه اياها منه فقبضها فوجد بها اصبعا
زائدة او نحوه من عيب لا يحدث مثله في تلك المدة ليعلم انه كان في يد البائع واراد ردها فاقام البائع بينة انه برئ
اليه من كل عيب لم تقبل وعن ابي يوسف تقبل اعتبارا بالتوفيق في الدين ولم يذكر محمد فيه خلافا بين اصحابنا في
الجامع الصغير وانما حكاه الخصاف عن ابي يوسف ووجه التوفيق هنا ان يقول لم يكن بيننا بيع ولكنه لما ادعى
البيع سألته ان يبرئني عن العيب فابرأني ووجه ظاهر الرواية ان شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضائه وصف
السلامة الى غيره فيستدعي وجود البيع وقد انكره فكان متناقضا بخلاف الدين لانه قد يقضي وان كان باطلا
وذكر ان شاء الله تعالى في آخر صك يعني صكا في اقرار الدين كتب في آخره ان شاء الله متصلا بهذا الكتابة او
صك شراء كتب فيه وما ادرك فلانا المشتري من الدرك فعلى فلان خلاصه ان شاء الله فعند ابي حنيفة يبطل

الصك كله الدين في الاول والشراء في هذا والخلاص وعندهما يبطل اخره فقط اي كل من الدين والشراء صحيح وقوله
ان شاء الله تعالى ينصرف الى ما يليه وهو كفالة من قام به وضمان الدرك خاصة وهو اي قولهما استحسان لان الكل
بواسطة العطف كشيء واحد اتصل به الاستثناء فينصرف الى الكل للاتفاق على ان قول القائل عبده حر وامرأته طالق
وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله تعالى يبطل الكل فلا يقع طلاق ولا عتاق ولا يلزم نذر ولهما ان الاستثناء
ينصرف الى ما يليه لان الذكر للاستيناف وكذا الاصل في الكلام الاستبداد فقام العلم بالمقصود من كتب الصك دلالة على
قصر انصرافه الى الاخير هذا هو العادة وعليه يحمل الحادث مثلا على انه قد يكتب لابطال الغرض قد يتفق وظاهر الوجه من الجانبين ان
ان شاء الله اجري بالاتفاق مجرى الاستثناء غير ان ابا حنيفة خالف مقتضاه وهو انصراف الاستثناء الى ما يليه خاصة
بسبب العطف وهما سلما ذلك لولا عروض فهم الغرض من كتبه وهو بعيد اذ لو كان كذلك لم يتصور وجود جمل مسوقة
ببعضها استثناء فينصرف الى الاخيرة لان وجود الجمل المسوقة انما يكون بالعطف فاذا كان العطف يصيرها كواحد لزم
في كل استثناء متصل بجمل مسوق بعضها على البعض ان ينصرف الى الكل ويستحيل وجود المسئلة بل الوجه ان ان شاء
شرط وحكم الشرط اذا تعقب جملا مسوقة بعضها على بعض ان ينصرف الى الكل ولذلك لم يعتق ولم تطلق ولم يلزم النذر
فيما ذكرنا فمشى ابو حنيفة على حكمه وهما اخرجا صور كتب الصك من عمومه بعارض اقتضى تخصيص الصك من عموم حكم الشرط
المتعقب جملا متعاطفة وهو ما ذكرناه وكذا كان قولهما استحسانا راجحا على قوله هذا اذا كان ان شاء الله مكتوبا متصلا
بالكتابة فلو فصل بياض منه وهو الفرجة صار كفاصل السكوت فلا يعمل شيئا اتفاقا

فصل في القضاء بالمواريث

مات نصراني فقالت زوجته اسلمت بعد موته فانا استحق في ميراثه وقال وارثه بل اسلمت قبله اي قبل موته فلا ميراث
لك فالقول له اي للوارث وكان الاولى ان يقال بدل قوله القول قول الوارث لا يصدق الا ببينة لان العادة ان
من كان القول له يكون مع يمينه ولا حلف على الورثة الا اذا ادعت انهم يعلمون كونها بعد موته فلها ان تحلفهم على العلم
وقال زفر القول قولها لان الاسلام حادث فالظاهر اضافته الى اقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان من
الميراث ثابت في الحال فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر هو استصحاب الماضي للحال نعتبر للدفع
وما ذكره استصحاب هو عكس ذلك لان الاستصحاب يكون من الماضي للحال ومن الحال الى الماضي ولكنه اعتبره للاستحقاق
وليس حكم الاستصحاب كذلك وكذا لو مات مسلم وله زوجة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته فقالت زوجته هذه
اسلمت قبل موته وقال الوارث بل اسلمت بعد موته فالقول للورثة الزوج ايضا ولا تحكيم الحال ههنا لان الاستصحاب لا تستحقه
وهي محتاجة اليه اما الورثة فهم الدافعون والاستصحاب يكفي لهم في ذلك وهو استصحاب ما في الماضي من كونها الى ما بعد
موته فالمسئلتان مبنيتان على اصل وهو ان الاستصحاب اعتبر فيهما للدفع لا للاستحقاق وذكر الامام التمرتاشي مسئلة
ترد شبهة على الاصل اعني كون الاستحقاق لا يثبت بالظاهر ولو ادعت المرأة انه ابانها في المرض فصار فارا
فانا ارث وقال الورثة بل في الصحة فالقول قولها لانها انكرت المانع من الارث وهو الطلاق في الصحة يعني والاصل
عدم المانع وان قال المودع لرجل هذا ابن مودع الميت لا وارث له غيره دفع الوديعة اليه يعني القاضي يقضي
عليه بالدفع لانه اقر ان ما في يده حق الوارث ملكا له خلافة كما اذا اقر انه حق المورث وهو حي اصالة بخلاف ما
اذا اقر المودع لرجل انه وكيل المودع بقبض الوديعة وانه اشترى الوديعة التي في يده من المودع حيث لا يؤمر
بالدفع لانه اقر بقيام حق المودع وملكه في الوديعة الان اذ هو حي فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك بعد
موته لزوال ملكه فانه اقر له بملكه ما في يده من غير ثبوت ملك مالك معين فيه للحال كما في فصل الشراء وان كان

فذاقر

كافر مات عن مائة فاقام مسلم كافرين مائة واقام مسلم وكافر
كذلك فثلثاها للمنفرد والثلث للشريكين عكس ما لو كان المنفرد
كافرا وشهود الشريكين مسلمين لان شهادة الكافر حجة للمسلم لا عليه
[illegible]
والنصف للشريكين لان الكافر المنفرد اقام حجة على الميت
[illegible]

ذمي مات فادعى ذمي بعض متاعه رهنا
[illegible]

فذا قر بزوال ملك المودع لكن لا ينفذ في حق غيره اعني المال لانه لا يملك ابطال ملكه باقراره فصار كالاقرار بالوكالة
بقبض الوديعة ثم لو دفع الى الذي اعترف له بالوكالة بقبض الوديعة هل له ان يستردها قيل لا لانه يصير ساعيا
في نقض ما تم به وقال ظهير الدين كان والدي يتردد في جواب هذه المسئلة ولو لم يدفع الوديعة الذي اقر له بالوكالة
حتى هلكت قيل يضمنها لانه منعها من وكيل المودع في زعمه فهو كما لو منعها من نفس المودع وقيل لا لانه لم يجب
عليه الدفع بخلاف المديون اذا اقر لرجل انه وكيل الداين بقبض ماله عليه فانه يؤمر بالدفع اليه لانه غير مقر على مال
غيره اذ الديون تقضى بامثالها والمثل ملك المقر فانما اقر على نفسه حتى يرجع عليه للداين اذا لم يعترف بالوكالة اذا
ندم فيؤمر بالدفع وان قال المودع لآخر هذا ابنه ايضا وكذبه الابن الاول قضى بالمال للاول وحده لانه لما صح اقراره
للاول على ذلك الوجه انقطع يده عن المال فيكون اقرارا على الغير وهو الابن الاول فلا يصح كما لو كان الاول ابنا معروفا
ولانه حين اقر للاول لا مكذب له فصح وحين اقر للثاني له مكذب وهو الاول فلا يصح وهل يضمن للابن الثاني شيئا قال
في غاية البيان انه لا يغرم المودع للابن الثاني شيئا باقراره له لان استحقاقه لم يثبت فلم يتحقق التلف وهذا لانه لا يلزم
من مجرد ثبوت البنوة ثبوت الارث فلا يكون الاقرار بالبنوة اقرارا بالمال وفي الرواية والنهاية وغيرهما يضمن
المودع نصف ما ادعى للابن الثاني الذي اقر له اذا دفع الوديعة بغير قضاء القاضي وبه قال الشافعي في قول واحمد في
قول وفي قول لا يضمن لان اقراره للثاني صادف ملك الغير فلا يلزم منه شيء وفي الجامع الصغير لو ادعى الوصاية
وصدقه مودع الميت او الغاصب منه لا يؤمر بالدفع هذا كله في الابن فلو اقر المودع لرجل انه اخ الميت شقيقه وانه
وارث لا غيره وهو يدعيه ولمن ادعى وصية بالف مثلا انه صادق فالقاضي يتأنى في ذلك لان استحقاق الاخ
بشرط عدم الابن بخلاف الابن لانه وارث على كل حال غير انه احتمل مشاركة غيره وهو موهوم وفي الوصية هو مقر
على الغير لانه اقر انه ليس بخلف عن الميت واذا تأنى ان حضر وارث آخر دفع المال اليه لانه خلف عن الميت وكان
القول قوله في الوصية وان لم يظهر وارث آخر اعطى كل مدع ما اقر به لكن بكفيل ثقة وان لم يجد كفيلا اعطاه المال وضمنه
ان كان ثقة حتى لا يملك اعانته وان كان غير ثقة تلزم القاضي حتى يظهر انه لا وارث للميت او اكبر رأيه ذلك ثم
يعطيه المال ويضمنه ولم يقدر مدة التلوم بشيء بل هو موكول الى رأي القاضي وهذا اشبه بابي حنيفة وعندهما يقدر
بحول هكذا حكى الخلاف في الخلاصة عن الاقضية قال وعن ابي يوسف يقدر بشهر هذا اذا قال ذو اليد لا وارث له
غيره فان قال له وارث ولا ادري امات ام لا لا يدفع الى احد منهم شيئا لا قبل التلوم ولا بعده حتى يقيم المدعي بينة
تقول لا نعلم له وارثا غيره وكل من يرث في حال دون حال كالاب والاخ والام والبنت كالابن ولو قسم الميراث
بين الورثة او بين الغرماء بشهادة لم يقولوا اي الشهود فيها اي في هذه الشهادة لا نعرف له وارثا آخر
او غريما آخر لا يؤخذ منهم كفيل وهو احتياط ظلم قال ابو حنيفة هذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم كانه عنى
به ابن ابي ليلى فانه كان يفعله بالكوفة قال صاحب الهداية وقوله هو ظلم اي ميل عن سواء السبيل وهذا يكشف
عن مذهبه ان المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض انتهى قوله وقوله اي قول ابي حنيفة ظلم اي ميل عن سواء السبيل
انما ذكره تمهيدا لما ذكره بقوله وهذا اي اطلاق الظلم على المجتهد فيه يكشف عن ابي حنيفة ان المجتهد يخطئ ويصيب
وتقرر ان مذهب اصحابنا المتقدمين براءة عن مذهب اهل الاعتزال من ان كل مجتهد يصيب وادعائهم ان
ذلك مذهب ابي حنيفة واصحابه جرهم الى هذا القول بوجوب الاصلح وسبب نسبة هذا الى ابي حنيفة ما روى
عنه انه قال ليوسف بن خالد السمتي كل مجتهد يصيب والحق عند الله واحد ولو حمل على ظاهره لكان متناقضا

اذ قوله والحق عند الله واحد يفيد ان ليس كل مجتهد صاحب الحق والا كان الحق متعددا فلزم ان معنى قوله
كل مجتهد يصيب اى يصيب حكم الله بالاجتهاد فانه تعالى اوجب الاجتهاد على المتاهل له فاذا اجتهد فقد اصاب
سبب قيامه بالواجب يؤخذ الكفيل اى لا يدفع اليهم حتى يكفلوا والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة
ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره واما اذا ثبت بالاقرار فيؤخذ الكفيل بالاتفاق او قال الشهود لا نعلم له
وارثا غيره لا يكفل بالاتفاق ولا يتأنى القاضي سواء كان ذلك الوارث ممن يحجب او لا يحجب ولو قالوا لا وارث غيره
فكذلك استحسانا ثم ما ذكر من تفصيل الدفع اذا لم يقل الشهود لا نعلم له وارثا آخر هو فيما اذا كان وارثا لا يحجب
بغيره وتفصيل المسئلة في ادب القاضي للصدر الشهيد قال اذا احضر الرجل وادعى دارا في يد رجل انها كانت
لابيه مات وتركها ميراثا له واقام على ذلك بينة ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوهم بل قالوا وتركها الورثة
لا تقبل ولا يدفع اليه شيئا حتى يقيم بينة على عدد الورثة ليصير نصيب هذا الواحد معلوما والقضاء بغير المعلوم متعذر وهنا
ثلاثة فصول الاول هذا وهو ما اذا لم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوهم والثاني ان يشهدوا انه ابنه ووارثه
لا نعلم له وارثا غيره فان القاضي يقضي بجميع التركة بلا تلوم والثالث انه ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا
على عدد الورثة ولم يقولوا لا نعلم له وارثا غيره فان القاضي يتلوم زمانا على قدر ما يرى فان حضر وارث آخر قسم المال
بينهم وان لم يحضر دفع الدار اليه ويأخذ كفيلا عندهما ولا يأخذ عند ابي حنيفة ثم انما يدفع الى الوارث الذي حضر جميع المال
اذا كان ممن لا يحجب كالاب والابن فان كان يحجب بغيره كالجد والاخ والعم يدفع اليه وان كان ممن يحجب حجب نقصان
كالزوج والزوجة يدفع اليه اقل النصيبين عند ابي يوسف وعندهما اوفرهما وهو النصف للزوج والربع للزوجة
وقول ابي حنيفة مضطرب بهذا اذا اثبت الدين والارث بالشهادة فلما اذا اثبت بالاقرار يؤخذ الكفيل بالاتفاق ومن
صورة ما اذا اقر المودع لرجل انه ابن الميت ولم يزد عليه فالقاضي يتأنى على حسب ما يرى ولا تقدير فيه وهو اليق بقول
ابي حنيفة وهو ان ينتظر زمانا يغلب على ظنه انه لو كان له وارث آخر لظهر وقدره الخصاف بعام فان لم يظهر وارث آخر
دفع المال اليه واخذ كفيلا لاحتمال ان يظهر آخر قيل هذا قولهما وعند ابي حنيفة لا يأخذ وقيل يأخذ عند الكل لان الثابت
بالاقرار دون الثابت بالبينة لهما ان القاضي ناظر للغيب اى مأمور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه والظاهر ان في التركة
وارثا او غريما غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة كما اذا دفع القاضي الآبق واللقطة الى الذي اثبت عنده
انه صاحبه اخذ كفيلا للمعنى الذي ذكرنا وهو ان القاضي مأمور بالنظر لكل من عجز عن النظر وكذا اعطى امرأة الغائب اذا
كانت تطلب النفقة وزوجها غائب وله في يد رجل وديعة وهو مقر بالزوجية والوديعة فالقاضي يعطيها من ماله
ويأخذ كفيلا ولابي حنيفة ان الحق ثابت قطعا فيما اذا كان الوارث الآخر معدوما او ظاهرا فيما اذا كان
موجودا والقاضي لم يكلف باظهاره على وجه يوجب حق الحاضر بل هو مكلف بالعمل بما ظهر عنده فلا يؤخر الى زمان
التكفيل لحق موهوم ارايت لو لم يجد كفيلا كان يمنع حقه هذا ظلم او صار كمن اثبت الشراء ممن في يده لا يؤخذ
كفيلا من المشتري بعد ما اثبت شراءه بالحجة من بايع الدين الذي اثبت دينه على العبد بالبينة حتى بيع العبد
لاجل دينه لا يؤخذ كفيلا منه وان كان يتوهم حضور مشتر آخر قبله وغريم آخر للعبد ولان المكفول له مجهول
فهو كما لو كفل لواحد من الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوجة ثابت والزوج معلوم واما الآبق واللقطة
ففي اخذ الكفيل منه روايتان والاصح انه على الخلاف وقيل ان دفع اللقطة بعلامتها وباقرار العبد يكفل
بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له ان يمنع مع العلامة واقرار العبد بالاباق ومن ادعى عقارا

ارثا

ارثا له ولاخيه الغائب وبرهن عليه دفع اليه نصفه وترك باقيه اى النصف الآخر مع ذي اليد الى ان يحضر
الغائب بلا اخذ كفيل منه ولو كان ذو اليد جاحدا عند ابي حنيفة وقالا ان كان ذو اليد جاحدا اخذ
النصف الآخر منه ووضع عند امين وان لم يكن جاحدا ترك في يده لهما ان الجاحد خائن ظهرت خيانته
بالجحد فلا يترك في يده لقرب ان يتصرف فيها لاعتقاده انه ملكه وان البينة كذبة او للخيانة بخلاف ما لو اقر
انها مال الميت مودع عنده فانه لم تظهر منه خيانة وقد رضيه الميت فكان اولى بحفظها وله ان القضاء انما يقع
اولا للميت مقصودا الا انه بعد ثبوت انه ماله حينئذ تقضى ديونه ويقسم المال وكونه مختار الميت ثابت مع
جحده وانما ينتقض يده كالمقر وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي به للميت والظاهر عدم جحوده بعد ذلك لصيرورة
الحادثة معلومة له وللقاضي وموت القاضي وعزله وكذا موت الشهود ونسيانهم الحادثة قبل ان يقبل
الغائب وكذا احتراق المحضر كل ذلك نادر لا يوجب اختلاف الحكم لندرته ولو كانت الدعوى في المنقول
وانكر والباقي بحاله فقد قيل يؤخذ منه النصف بالاتفاق لانه يحتاج الى الحفظ والنزع ابلغ في الحفظ من تركه في
يده اذ ربما يتصرف فيه متاولا او خيانة كما ذكرنا بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها ولاجل ان المنقول يحتاج
الى الحفظ دون العقار والبيع ابلغ في حفظه من تركه ملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا
حكم وصي الام والاخ والعم على الصغير فيملك بيع المنقول مع ان هؤلاء ليس لهم ولاية في المال وقيل على الخلاف
ايضا عنده يترك في يد الذي جحد وعندهما يؤخذ منه وقول ابي حنيفة في هذا اظهر من قولهما لحاجة المنقول الى الحفظ
والحفظ في الترك في يده اتم لانه يصير محفوظا صورة ومعنى لانه لانكاره لو هلك يجب عليه الضمان فلو اخذ منه
ووضع على يد امين لا يضمنه لو هلك لانه غير مضمون عليه وانما لا يؤخذ الكفيل على قوله من ذي اليد اذا بقيت في يده
لانه اثبات خصومة والقاضي انما نصب لقطعها وهذا لانه ربما لا يجد كفيلا او لا يسمح باعطائه والاخ الحاضر يطالبه
فيشوّر الخصومة ولهذا اذا حضر الاخ الغائب دفع النصف الباقي اليه بدون اعادة البينة فيسلم اليه النصف
بذلك القضاء الكائن في غيبته لان احد الورثة ينتصب خصما عن بقية الورثة فيما لهم وعليهم دينا كان او عينا
بخلاف الاستيفاء نصيبه لانه عامل فيه لنفسه لا للميت فلا يصلح نائبا عن غيره فلهذا لا يستوفي الا نصيب نفسه
وصار كما اذا اقامت البينة بدين للميت فانه يقضي بالكل ولا يأخذ الا النصيب نفسه ثم انما يثبت استحقاق
الكل على احد الورثة اذا كانت التركة كلها في يده حاضر حتى لو كان البعض في يده ينفذ بقدره لانه لا خصومة بدون
اليد ذكره في الجامع الصغير لانه لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده قال الاستروشني فالحاصل
ان احد الورثة ينتصب خصما عن الميت في عين هو في يده لا في عين ليس في يده حتى ان من ادعى عينا من
التركة واحضر وارثا ليس في يده ذلك العين لا يسمع دعواه وفي دعوى الدين ينتصب خصما عن الميت وان
لم يكن في يده شيء من التركة الكل من فتح القدير ومن اوصى بثلث ماله فهو يقع على كل ماله ولو قال مالي او ما املك
في المساكين صدقة فهو يقع على مال الزكوة فيجب عليه ان يتصدق بجميع ما يملكه من اجناس الاموال التي يجب فيها
الزكوة كالنقدين والسوائم واموال التجارة بلغ النصاب او لا لان المعتبر هو جنس مال الزكوة والقليل منه
ولهذا قالوا اذا نذر ان يتصدق بماله وعليه دين يحيط بماله لزمه التصدق به فان قضى به دينه لزمه التصدق
بقدره عند تملكه لان المعتبر جنس ما يجب فيه الزكوة وان لم يجب الزكوة ولا يجب التصدق بالاموال التي ليست
في جنسها الزكوة كالعقار والرقيق واثاث المنازل وثياب البذلة وغير ذلك والقياس ان يقع على كل

شيء كما قال به زفر لان اسم المال عام يتناول الجميع وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى اذ
ليس للعبد ولاية الايجاب مستبدا به لئلا ينتزع الى الشركة وايجاب الشرع في المال خص الصدقات مضافا الى اموال
خاصة فكذا ايجاب العبد ولا يرد الاعتكاف حيث لم يوجب في الشرع من جنسه شيء وهو معتبر لانه لبث في مسجد
جماعة عبادة وهو من جنس الوقوف بعرفات او لانه في معنى الصلوة لانه لانتظار اوقات الصلوة ولهذا اختص
بمسجد جماعة والمنتظر للصلوة كانه في الصلوة اما الوصية فهي اخت الميراث لانها خلافة كالوراثة من حيث انهما يثبتان
الملك بعد الموت ولا يختص الميراث بمال دون مال في الشرع فكذا الوصية ويدخل فيه اي في النذر ارض العشر عند ابي
يوسف لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة عنده راجحة في العشر فصارت الارض العشرية كاموال التجارة لانها
من جنس الاموال التي يجب فيها الصدقة خلافا لمحمد فعنده لا تدخل ارض العشر فيه وذكر الامام التمرتاشي قول ابي حنيفة
مع محمد لان الارض العشرية سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده فصارت مثل عبد الخدمة واما الارض
الخراجية فلا تدخل بالاجماع لانها تمحض مؤنة لان مصرفها المقاتلة وفيهم الاغنياء فان لم يكن مال غيره اي غير مال
الزكوة امسك منه قوته لان حاجته هذه مقدمة اذ لو لم يمسك لاحتاج ان يسأل الناس من يومه وقبيح ان
يتصدق بماله ويسأل الناس من يومه فاذا اصاب مالا تصدق بمثل ما امسك ولم يبين محمد في المبسوط مقدار
ما يمسك لاختلاف احوال الناس فيه بكثرة العيال وقلته وقيل المحترف يمسك قوت يومه لان يده متصل الى ما
ينفق يوما فيوما وصاحب الغلة وهو صاحب الدور والحوانيت والبيوت التي يوجرها يمسك لشهر لان
يده تصل الى ما ينفق شهرا فشهرا وصاحب الضياع لسنة لان يد الدهقان تصل الى ما ينفق سنة
فسنة وصاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله ومن اوصى اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئا من
التركة فهو وصي وبيعه جائز بخلاف التوكيل يعني اذا وكل ولم يعلم بالوكالة حتى باع لم يجز بيعه وعن ابي يوسف
انه اعتبر الاول بالثاني لان وصف النيابة جامع فان الوصاية نيابة بعد الموت والوكالة نيابة قبله فكما لم يجز
تصرف الوكيل قبل العلم لم يجز تصرف الوصي قبله ووجه الفرق بينهما على ظاهر الرواية ان الوصاية خلافة لا
نيابة لانها مضافة الى زمان بطلان النيابة والخلافة لا تتوقف على العلم في التصرف كما اذا تصرف الوارث
بالبيع ولم يعلم بموت المورث فانه صحيح بخلاف الوكالة فانها انابة لقيام ولاية المستنيب والانابة تتوقف على
العلم لانها لو توقفت عليه لم يفت النظر لقدرة الموكل وفي الاول لو توقف فات لعجز الموصي وقبل فيه اي في الاخبار بالتوكيل
خبر فرد وان للوصل كان المخبر فاسقا يعني اذا ثبت ان علم الوكيل بالوكالة شرط صحة التصرف فلا بد من
المخبر فمن اخبره من الناس بذلك سواء كان بالغا عاقلا عدلا او على اضداد ذلك بعد ما كان مميزا جاز تصرفه
لانه اثبات حق للوكيل ليستوفيه ان شاء وليس فيه الزام ليشترط شرائط الالزام ولا يقبل في العزل منه اي من
التوكيل الا خبر عدل واحد او خبر مستورين عنده وعندهما هو اي العزل كالاول اي كالتوكيل لانه من
جنس المعاملات وجنسها يثبت بخبر الواحد الفاسق كالوكالة واذن العبد في التجارة ولانه خبر ملزم اما انه
خبر فلانه كلام يحتمل الكذب يحصل به الاعلام واما انه ملزم فلانه ينفي جواز التصرف بعده وما كان كذلك فهو
في معنى الشهادة من وجه لانه بالنظر الى كونه خبرا كالخبر بالتوكيل والاذن وغيرهما ليس في معناها وبالنظر
الى ما فيه من نوع الزام كان في معناها فيشترط احد شطري الشهادة وهو العدد او العدالة عملا بالوجهين
بخلاف الاول فانه لما لم يكن فيه الزام اصلا لم يكن في معناها اصلا فلم يشترط فيه شيء من ذلك بخلاف

رسول

رسول الموكل فانه لا يشترط فيه ايضا شيء من ذلك لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال اذ ربما
لا يتفق لكل احد في كل وقت بالغ عدل يرسله الى وكيله كذا في العناية واجمعوا على ان المخبر بالعزل لو كان
فاسقا وصدقه ينعزل كذا في فتح القدير وكذا الخلاف في اخبار السيد بجناية عبده والشفيع بالبيع والبكر
بالتزويج والمسلم الذي لم يهاجر الينا بالشرائع بهذه ست مسائل ذكر محمد منها ثلاثة في الاصل واثنين في النوادر
والسادسة قاسها المشايخ على هذه اما الثلاث فاحدها عزل الوكيل والثانية العبد المأذون اذا اخبر
واحد بالحجر ان كان رسولا ينحجر فاسقا كان او عدلا وان كان فضوليا يشترط احد شطري الشهادة فينحجر ان صدقه
العدل او كذبه وان كان فاسقا ان صدقه انحجر والا فالمسئلة على الخلاف والثالثة العبد اذا جنى جناية
ولم يعلم به المولى حتى اعتقه او باعه يلزمه الاقل من قيمته ومن الدية فان اخبره واحد بالجناية فكذلك
ان كان فاسقا صدقه ثم باع او اعتق يصير مختارا للدية وان كذبه فهو على الخلاف عند ابي حنيفة لا يكون مختارا
للدية وعندهما يصير مختارا لها واما اللتان في النوادر فاحداهما الحربي اذا اسلم في دار الحرب فاخبره ان
بما عليه من الفرائض ان كان المخبر عدلا او اخبره اثنان لزمته حتى لو ترك شيئا منها يلزمه قضاؤه اجماعا وان
كان فاسقا فان صدقه فكذلك او كذبه فعلى الخلاف قال شمس الائمة السرخسي الاصح عندي انه يلزمه القضاء ههنا
اتفاقا لان المخبر له رسول رسول الله عليه السلام والثانية الشفيع اذا اخبر بالشراء فسكت فعلى ما قلنا ان
اخبره فاسق فصدقه ثبت الشراء في حقه وان كذبه فهو على الخلاف فاذا سكت لا تبطل شفعته عند ابي حنيفة
وعندهما تبطل والسادسة البكر اذا زوجت بلا استيذان فاخبرت فسكتت فهو على ما ذكرنا من الوجوه كذا في فتح
القدير ولو باع القاضي او امينه عبدا للغرماء اي لاجلهم ليوفي ديونهم التي على الميت واخذ المال اي الثمن فضاع عنده
واستحق العبد او مات قبل القبض لا يضمن القاضي ولا امينه للمشتري شيئا لان امين القاضي بمنزلة القاضي والقاضي
كالامام وكل من هو كذلك لا يلحقه ضمان كيلا يتقاعد الناس عن قبول هذه الامانة فيختل مصالحهم ويرجع المشتري على
الغرماء يعني واذا لم يرجع المشتري على البائع ممن هو كذلك يرجع بالثمن على الغرماء لان البيع واقع لهم وصار
كما اذا كان العاقد محجورا عليه عبدا او صبيا يعقل البيع وكله رجل ببيع ماله جاز العقد بمباشرتهما ولا يتعلق
الحقوق بهما بل بموكلهما لان التزام العهدة لا تصح منهما لقصور الاهلية في الصبي وحق السيد في العبد والاصل
انه اذا تعذر تعلق الحقوق بالعاقد تتعلق باقرب الناس الى العاقد واقربهم في مسئلتنا من ينتفع بهذا
العقد وهو الغريم الا ترى ان القاضي لا يأمر الوصي او امينه بالبيع حتى يطلب الغريم فكذا يرجع المشتري عليه
عند الاستحقاق ولو باعه الوصي لاجلهم اي لاجل الغرماء بامر القاضي ثم استحق العبد او مات قبل قبضه
وضاع المال رجع المشتري بالثمن على الوصي وهو اي الوصي يرجع على الغرماء لانه عاقد نيابة عن الميت وان
كان باقامة القاضي اياه عنه فكذا لو باع الوصي العبد لنفقة الوارث فان المشتري يرجع على الوصي والوصي
يرجع على الوارث لما قلنا ان البيع لاجله وهو الذي ينتفع به ولو باعه امين القاضي رجع المشتري على الوارث
فلو كان الوارث صغيرا نصب القاضي عنه من يقضي دينه فلو ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه بلا شك
فهل يرجع بما غرم للوصي من ذلك المال فقيل فيه خلاف قال صاحب الهداية قالوا يجوز ان يرجع بذلك ايضا لان هذا
الضمان لحقه في امر الميت وقيل ليس له ذلك لانه انما ضمن من حيث ان العقد وقع له فلم يكن له ان
يرجع على غيره والوارث اذا بيع له كان بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملا له

ولو قال لك قاض عدل عالم قضيت على هذا بالرجم والقطع والضرب فافعله وسعك فعله بمجرد اخباره هذا
في ظاهر الرواية وعن محمد انه رجع عن هذا وقال لا يأخذ بقوله حتى يعاين الحجة التي عنها حكم فيه بذلك قال الفقيه
ابو الليث روى محمد ابن سماعة عن محمد بن الحسن انه قال لا يسع ذلك ما لم تكن الشهادة بحضرته واستحسن
المشايخ هذه الرواية لفساد حال اكثر القضاة الا في كتاب القاضي الى القاضي لان فيه ضرورة احياء الحقوق وجه
ظاهر الرواية ان القاضي من اولي الامر وطاعة اولي الامر واجبة وفي تصديقه طاعة فيجب تصديقه فظاهر الرواية
يدل على جواز الاعتماد على قوله من غير استفسار وقالوا به اذا كان عدلا فقيها وكذا في القاضي العدل غير العالم
ان استفسر فاحسن تفسيره والا اي وان لم يحسن تفسيره فلا لما كان عدم الاعتماد معللا بالفساد والغلط
اقتضى الحال التفصيل وقال الامام ابو منصور الماتريدي فان كان القاضي عدلا عالما يقبل قوله لعدم تهمة الخطأ
والخيانة لعدالته وهذا القسم لا يحتاج الى الاستفسار بالاتفاق وان كان عدلا جاهلا يستفسر عن قضائه
لبقاء تهمة الخطاء فان احسن تفسير القضاء بان فسر على وجه اقتضاه الشرع مثل ان يقول مثلا استفسرت
المقر بالزنى كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم وثبت عندي بالحجة انه اخذ نصابا من حرز لا شبهة فيه وانه
قتل عمدا بلا شبهة وجب تصديقه وقبول قوله والا فلا لانه ربما يظن بسبب جهله غير الدليل دليلا
والشبهة غير دارئة ولا يعمل بقول غير العدل مطلقا يعني ان كان فاسقا سواء كان عالما او جاهلا
لا يقبل قوله لتهمة الخيانة او الجهل فان الفسق مانع من الركون لاخباره بالاستفسار وحكمه
بقصده الى الفقه فلا يؤخذ بقوله ولا بتفسيره ما لم يعاين سبب الحكم موجبا لما حكم به ولو قال قاض عزل لشخص
مدعى عليه اخذت منك الفا ودفعتها الى فلان المدعي قضيت بها عليك او قال قضيت بقطع يدك في
حق فقال ذلك الشخص بل اخذتها اي الالف وقطعت يدي ظلما واعترف الشخص بكون ذلك
الاخذ والقضاء بالقطع حال ولايته صدق القاضي لانهما لما توافقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر
شاهدا للقاضي اذ هو لا يقضي بالجور ظاهرا والقول لمن يشهد له الظاهر لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق
فلا يمين عليه اي على القاضي لان ايجابها عليه يفضي الى تعطيل امور الناس بامتناع الدخول في القضاء
وفي هذه الصورة لو اقر القاطع او الاخذ بما اقر به القاضي لا يضمن ايضا لانه فعل في حال القضاء ودفع القاضي
وامره صحيح كما اذا كان دفع المال الى الاخذ معاينا في حال القضاء فانه لا يضمن الاخذ هكذا هنا وكذا
اذا كان امره بالقطع معاينا في حال القضاء ولو قال المأخوذ ماله او المقطوع يده فعلته اي الاخذ والحكم
بالقطع قبل ولايتك او بعد عزلك وادعى القاضي فعله في حال ولايته فالقول له اي للقاضي ايضا اي كما في
الاول هو الصحيح لان القاضي اسند فعله الى حالة منافية للضمان لما ان حالة القضاء ينافي الضمان
فالقاضي بذلك الاسناد منكر والقول للمنكر فصار اسناد القاضي ههنا كاسناد من عهد منه الجنون
اذا قال طلقت واعتقت وانا مجنون اذا كان ذلك منه معلوما بين الناس فان القول قوله حتى
لا يقع الطلاق والعتاق لاضافته الى حالة منافية للايقاع وانما قال هو الصحيح احترازا عما قال شمس
الائمة السرخسي القول قول المدعي في هذه الصورة بناء على ان المنازعة اذا وقعت في الماضي يحكم
الحال وفي هذه الحالة فعله موجب للضمان وهو بهذا الاسناد يدعي ما يسقط الضمان عنه واما في الاولى فقد
تصادقا انه فعله وهو قاض وذلك غير موجب للضمان عليه ظاهرا لان الاصل ان يكون قضاؤه حقا ولكن

في عامة شروح الجامع الصغير ما ذكرنا ان القول للقاضي هو اختيار فخر الاسلام والصدر الشهيد لان بالاسناد
الى الحالة المعهودة المنافية للضمان منكر للضمان فالقول قوله كما لو قال الوكيل بالبيع بعد العزل بعت وسلمت
قبل العزل وقال الموكل بعده فالقول للوكيل ان كان المبيع مستهلكا وان كان قائما بعينه لم يصدق لانه
اخبر عن امر لا يملك انشاءه فيظهر متعديا وكذا لو قال العبد بعد العتق لرجل قطعت يدك خطأ وانا عبد وقال
المقر له بل وانت حر فالقول للعبد فلا ضمان وكذا اذا قال اخذت مني كل جمعة شهر كذا من المال بعد العتق
فقال السيد قبله فالقول للسيد ان كانت الغلة هالكة وان كانت قائمة فالقول للعبد ويأخذه من المولى لانه اقر
بالاخذ ثم بالاضافة يريد التملك عليه فكان متعديا وكذا الوصي لو ادعى بعد بلوغ اليتيم انه انفق عليه كذا وهو
في يده وادعى اليتيم انه استهلكه فالقول قول الوصي ذكره المحبوبي كذا في فتح القدير والقاطع او الاخذ ان
كانت دعواه كدعوى القاضي ضمن ههنا لانهما اقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان
عن نفسه لا في ابطال سبب الضمان على غيره لا في الاول لما انه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ثم لو كان
المال باقيا في يد الاخذ وقد اقر بما اقر به القاضي اخذ منه المال سواء صدقه المأخوذ منه المال في انه فعل في قضائه
او ادعى انه فعل في غير قضائه لان الاخذ اقر ان اليد كانت للمأخوذ منه فلا يصدق في دعوى تملكه الا
بحجة وقول المعزول ليس بحجة فيه لكونه شهادة فرد او لانه ليس شاهدا بالدين بل يفعل نفسه المنافي
للضمان كذا في شروح الهداية **كتاب الشهادة** اوردها عقيب ادب القاضي في قضائه يحتاج
الى شهادة الشهود عند انكار الخصم ومن معرفات حسن الشهادة بالحق انها مأمور بها قال الله تعالى
كونوا قوامين لله شهداء بالقسط فلا بد من حسنه وهي في اللغة عبارة عن الاخبار بصحة الشيء
عن مشاهدة وعيان ولهذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التي تنبئ عن المعاينة وفي الاصطلاح عبارة
عما اشار اليه المصنف بقوله هي اخبار بحق للغير على الغير والتحقيق انها في عرف اهل الفقه عبارة
عن اخبار بحق الغير على آخر صادق عن يقين في مجلس الحكم بلفظ الشهادة فالاخبار كالجنس يشملها
والاخبار الكاذبة وقولنا بحق الغير اي حصل لغير المخبر من كل الوجوه يخرج الانكار فانه اخبار بحق لنفسه في
يده وكذا دعوى الاصيل لانه اخبار لنفسه في يد غيره وكذا دعوى الوكيل فانه ليس باخبار للغير من كل
الوجوه وقولنا على آخر يخرج الاقرار اذ هو اخبار على نفسه وقولنا صادق يخرج الكاذبة وقولنا في مجلس
الحكم ولفظ الشهادة يخرج الاخبار الصادقة غير الشهادات وسبب تحملها معاينة ما يتحملها له الشاهد
بما يختص بمشاهدته من السماع في المسموعات والابصار في المبصرات ونحو ذلك وسبب وجوب ادائها
اما طلب ذي الحق او خوف فوت حقه فان من عنده شهادة لا يعلم بها صاحب الحق وخاف فوت
الحق يجب عليه ان يشهد بلا طلب فسببية الطلب تثبت بقوله تعالى ولا يأبى الشهداء اذا ما دعوا وسببية
خوف الفوت بالمعنى وهو ان سببية الطلب انما تثبت كيلا يفوت الحق وحكمها وجوب الحكم بمقتضاها والقياس
ان لا يقتضي ذلك لاحتمال الكذب لكن لما فرط العدالة ترجح جانب الصدق وسيأتي شروطها عن مشاهدة
ويقين لا عن ظن وتخمين قال عليه الصلوة والسلام اذا رأيت مثل الشمس فاشهد والا فدع ومن
تعين لتحملها بان لم يجد بدا لا يسعه ان يمتنع منه اي من تحملها لما فيه من تضييع الحقوق وان لم يتعين
التحمل فهو مخير ولا بأس بالتحرز عن التحمل كذا في الاختيار ويفترض اداؤها بعد الطلب اي بعد طلب المدعي منه

لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وهو ظاهر
يدل على النهي عن كتمانها على وجه المبالغة والنهي عن احد النقيضين وهو الكتمان يستلزم ثبوت النقيض
الآخر لئلا يرتفع النقيضان وهو الاكتمان فاذا كان الكتمان منهيا عنه كان الا كتمان ثابتا وهو يساوي
الاظهار فيكون ثابتا وثبوته بالاداء وما لم يجب لا يثبت فكان اظهار الاداء واجبا قال في النهاية النهي عن
الشيء لا يكون امرا بضده اذا لم يكن له ضد واحد واما اذا كان فهو امر به كالنهي عن الكتمان عما في الارحام
فانه امر بضده وليس بالصحيح من المذهب لما عرف في اصول الفقه كذا في العناية قوله وليس بالصحيح من
المذهب اقول بل هو من الصحيح من المذهب على ما اوضح في التوضيح وفي غيره قال الشيخ الامام سراج الدين
الهندي في شرح المغني اما النهي عن الشيء فامر بضده اذا كان له ضد واحد باتفاقهم كالنهي عن الكفر يكون امرا
بالايمان وان كان له اضداد ففيه الخلاف انتهى كذا في حاشية سعدي جلبي على العناية وانما يشترط طلب المدعي
لانها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق ثم هذا في حق العبد دون حق الله تعالى فانها تجب فيه بلا طلب كعتق الامة
وطلاق المرأة فان فيهما تحريم الفرج وترك الشهادة فيهما رضا بالفسق والرضاء به فسق كذا في الدرر فروع في
النوازل الشاهد اذا دعي لاداء الشهادة وهو في الرستاق قدر فرسخين او ثلاثة ان كان بحال لو حضر مجلس
الحكم وشهد يمكنه ان يرجع الى اهله في يومه يجب عليه الحضور وان كان بحال لا يمكن لا يجب قال مولانا رضي الله عنه
انما يلزمه اذا دعي الى قاض يقبل شهادته ولو لم يحضر ولم يشهد يضيع حق المدعي فاما اذا دعي لاداء الشهادة
الى قاض لا يعرفه بالعدالة ولا يقضي بشهادته او لم يكن القاضي عدلا لا يلزمه ان يحضر وكذا لو كان للمدعي سواه
شهود عدول ويقبل القاضي شهادتهم لا يلزمه ان يحضر لاداء الشهادة لان امتناعه عن الاداء في
هذه الصورة لا يبطل حق المدعي فان كانت شهادته اسرع قبولا من شهادة غيره لا يسعه ان يمتنع عن
الحضور وهذا بمنزلة التعديل اذا كان المعدل يعلم انه لو لم يعدله عدله غيره وسعه ان يمتنع وان كان
لا يعدله غيره لا يسعه الامتناع عن تعديله وان كان الشاهد شيخا كبيرا لا يقدر على المشي ولا يمكنه الحضور
لاداء الشهادة الا راكبا وليس عنده دابة ولا مال يستكري به دابة فبعث المشهود له اليه دابة فركبها لاداء
الشهادة لا يبطل شهادته وان لم يكن كذلك وهو يقدر على المشي او كان يجد دابة فبعث المشهود له دابة
فركبها لا تقبل شهادته في قول ابي يوسف وان اكل الشاهد طعاما للمشهود له لا ترد شهادته وقال الفقيه
ابو الليث الجواب في الركوب ما قال واما في الطعام ان لم يكن المشهود له هيأ طعاما للشاهد بل كان عنده طعام
فقدمه اليهم واكلوه لا ترد شهادتهم وان هيأ لهم طعاما واكلوه لا تقبل شهادتهم هذا اذا فعل ذلك
لاداء الشهادة فان لم يكن كذلك ولكنه جمع الناس للاستشهاد وهيأ لهم طعاما او بعث اليهم دواب
واخرجهم من المصر فركبوا واكلوا طعامه اختلفوا فيه قال ابو يوسف في الركوب لا تقبل شهادتهم بعد ذلك
وتقبل في اكل الطعام وقال محمد لا تقبل فيهما والفتوى على قول ابي يوسف لان العادة جرت فيما بين
الناس خصوصا في الانكحة فانهم يبذلون السكر والجلاب وينثرون الدراهم ولو كان قدحا في الشهادة
لما فعلوا رجلان شهدا على مريض صاحب فراش انه طلق امرأته ثلاثا وقالا اشهدنا بذلك في صحته
وامرنا بكتمانه فكتمناه لا تقبل شهادتهما لانهما شهدا على انفسهما بالفسق وعن ابي القاسم الصفار
اذا شهد اثنان على طلاق امرأة او عتق امة وقالا كان عام اول جازت شهادتهما وتأخيرهما لا يوهن

وفي المحيط في حقوق العباد اذا طلب المدعي منه لاداء الشهادة فاخر بلا عذر ظاهر ثم ادى لا تقبل كذا في البزازية صح

شهادتهما

شهادتهما قال رضي الله عنه وينبغي ان يكون ذلك وهنا اذا علموا انه يمسكها امساك الزوجات والا فلا لان الدعوى
ليست بشرط لهذه الشهادة فاذا اتخذوا ما صاروا فسقة كذا في قاضي خان الا ان يقوم الحق بغيره بان يكون
في الصك سواه من يقوم به الحق فيجوز له الامتناع لان الحق لا يضيع بامتناعه ولانها فرض كفاية وتخير الشاهد
في الحدود بين الستر والاظهار لانه بين ان يشهد حسبة لله تعالى فيقام عليه الحد وبين ان يتوقى عن هتك
المسلم حسبة لله تعالى والستر فيها اي في الحدود افضل نقلا وعقلا اما الاول فقوله عليه السلام للذي شهد عنده لو سترته
بثوبك لكان خيرا لك وقوله عم من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وما نقل عن النبي عليه السلام
واصحابه فان فيه دلالة ظاهرة على افضلية الستر واما الثاني فلان الستر والكتمان انما يحرم لخوف فوات
حق المحتاج الى الاموال والله تعالى غني عن العالمين وليس ثمة خوف فوات الحق فبقي صيانة عرض اخيه
المسلم ولا شك في فضل ذلك ولكن يجب ان يقول في السرقة اخذ المال فان الاخذ اعم من كونه غصبا او على
ادعاء انه ملكه جحودا عند الماخوذ منه وغير ذلك فلا يستلزم الشهادة بالاخذ مطلقا ثبوت الحد بها مع ان فيه
احياء الحق المسروق منه لانه اذا قال سرق ثبتت السرقة ووجب القطع وبه ينتفي ضمان المال ان كان
استهلكه لا يقول سرق محافظة على الستر ولانه بين امرين لا يجتمعان القطع والضمان واحدهما حق الله والآخر حق
العبد والستر الكلي ابطال لهما وفيه تضييع حق العبد فلا يجوز والاقدام على اظهار السرقة ترجيح حق الغني
على العبد المحتاج وهو لا يجوز فتعين الشهادة على المال دون السرقة وشرط للزنا اربعة رجال لقوله تعالى فاستشهدوا
عليهن اربعة منكم ولفظ اربعة نص في العدد والذكورة واما اشتراط الاربعة فيه دون القتل العمد وغيره
فالظاهر منه ان الله تعالى يحب الستر على عباده ولا يرضى باشاعة الفاحشة وشرط للقصاص في النفس والطرف
ولبقية الحدود من السرقة والقذف واللعان والشرب رجلان قال في التلويح اما العدد فلان اطمئنان القلب
بقول الاثنين اكثر منه بقول الواحد ولان الشاهد الواحد يعارضه البراءة الاصلية فيترجح جانب الصدق بانضمام
شاهد آخر اليه انتهى ولا تقبل فيها شهادة النساء لان في شهادتهن شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة
الرجال في غير الحدود وقال الله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان على سياق قوله تعالى فمن لم يجد فصيام
ثلاثة ايام وانما قلنا شبهة البدلية لان حقيقتها انما يكون فيما امتنع العمل بالبدل مع امكان الاصل كالآية الثانية
وليس شهادتهن كذلك فانها جائزة مع امكان العمل بشهادة الرجلين واذا كان فيها شبهة البدلية
لا تقبل فيما تندرئ بالشبهات ومنها الشهادة ببقية الحدود اي الشرب والسرقة والقذف والقصاص تقبل
فيها شهادة رجلين لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فانه يتناول المطلوب وغيره لعموم
اللفظ وهو نص في بيان العدد والذكورة والبلوغ الا ان باب الزنا خرج بما تلونا فبقي الباقي على تناوله
كذا في العناية وشرط للولادة والبكارة وجودا او عدما وعيوب النساء ولو جواري فيما لا يطلع عليه الرجال
امرأة واحدة واثنتان احوط وبه قال احمد وشرط الشافعي اربعا ومالك ثنتين لان في ان كل ثنتين
تقوم مقام رجل ولمالك ان المعتبر في الشهادة امران العدد والذكورة وقد سقط اعتبار الذكورة
فبقي العدد كذا في فتح القدير ولنا قوله عم شهادة النساء وحدهن جائزة فيما لا يطلع عليه الرجال ولانه
لا بد من ثبوت هذه الاحكام ولا يمكن للرجال الاطلاع عليها وانما تطلع عليها النساء فوجب قبول شهادتهن
على الانفراد تحصيلا للمصلحة فيقبل فيها شهادة امرأة واحدة لما روي انه عليه السلام قبل شهادة امرأة واحدة

في الولادة ولان ما يقبل فيه قول النساء على الانفراد لا يعتبر فيه العدد كرواية الاخبار والثنتان احوط والثلاث احب الي وبالاربع يخرج عن الخلاف وهل يشترط في ذلك لفظ الشهادة لا يشترط عند مشايخ العراق ويشترط عند مشايخ خراسان لانها توجب حقا على الغير فكانت شهادة وكذا تقبل شهادتهن في استهلال المولود في حق الصلوة اجماعا لانها من امور الدين لا في حق الارث وعندهما تقبل شهادتهن في حق الارث ايضا اي كما في حق الصلوة لان الاستهلال صوت يكون عقيب الولادة وتلك حالة لا يحضرها الرجال فدعت الضرورة الى قبول شهادتهن وله ان ذلك مما يطلع عليه الرجال لانه يحل لهم سماع صوته فلا ضرورة في حق ثبوت النسب والارث وكذا لا تقبل في الرضاع شهادة النساء المنفردات لان الحرمة متى ثبتت ترتب عليها زوال ملك النكاح وابطال الملك لا يثبت الا بشهادة الرجال كذا في الاختيار وبقولهما قال الشافعي ومالك واحمد وهو ارجح وذكر في المبسوط لو شهد بالولادة رجل فقال فاجأتها فاتفق نظري اليها يقبل اذا كان عدلا ولو قال تعمدت النظر لا تقبل وبه قال بعض اصحاب الشافعي وقال بعض مشايخنا ان قال تعمدت النظر تقبل ايضا وبه قال بعض اصحاب الشافعي كذا في فتح القدير وقال في الخلاصة واما شهادة رجل واحد على الولادة والعيب في هذا الموضع فقد اختلف المشايخ فيه والاصح انها تقبل ويحمل على انه وقع بصره على فرجها من غير قصد او قصد تحمل الشهادة لا لنظره كما في الشهادة على الزنا انتهى وشرط لغير ذلك المذكور من الحقوق رجلان او رجل وامرأتان او خنثى وان ولا ترجيح بالزائد على الاثنين وان كان اعدل كما في دعوى الاختيار ويستثنى منه حوادث صبيان المكتب فانه يقبل فيها شهادة المعلم منفردا كما في التحقيق كذا في القهستاني مالا كان او غير مال كالنكاح والرضاع كما مر والطلاق والوكالة والوصية اي الوصاية ونحو ذلك كالعتاق قال الله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء وانه مذكور في سياق المداينات والاجل فيقبل فيهما وعن ابن عمر ان النبي عم اجاز شهادة النساء في النكاح وقال الشافعي لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها كالاعارة والاجارة والكفالة والاجل وشرط الخيار واستدل بان الاصل في شهادتهن عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح للامارة ولان الاصل عدم القبول لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهن وحدهن الا انها مستثناة من ذلك الاصل في الاموال ضرورة احياء حقوق العباد لكثرة وقوعها ودنو خطرها فلا يلحق بها ما هو اعظم خطرا واقل وجودا كالنكاح والطلاق والرجعة والاسلام والردة والبلوغ والولاء والعدة والجرح والتعديل والعفو عن القصاص ولنا ان الاصل فيها القبول لوجود ما يبتنى عليه الاهلية للشهادة وهو المشاهدة التي يحصل بها العلم والضبط الذي يبقى به العلم الى وقت الاداء والاداء الذي يحصل به العلم للقاضي اذ بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثاني يبقى وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولكون القبول اصلا فيها قبل اخبارها في الاخبار ونقصان الضبط انجبر بضم الاخرى اليها قال الله تعالى ان تضل احديهما فتذكر احديهما الاخرى فلم يبق بعد ذلك الا شبهة البدلية فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات وتقبل فيما يثبت بها وهذه الحقوق المذكورة من النكاح وغيره مما يثبت بها اما النكاح والطلاق فظاهر لثبوتهما مع الهزل واما الوكالة والايصاء والاموال فانه يجري فيها كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وذلك امارة ثبوتها مع الشبهة فكذلك تثبت بشهادة النساء مع الرجال والجواب عن قوله لنقصان العقل وقصور الولاية اما عن الاول فانه لا نقصان في عقلهن فيما هو مناط

التكليف

التكليف وبيان ذلك ان للنفس الانسانية اربع مراتب الاولى استعداد العقل وهو العقل الهيولاني وهو حاصل لجميع افراد الانسان في مبداء فطرتهم والثانية ان يحصل البديهيات باستعمال الحواس في الجزئيات فتتهيأ لاكتساب الفكريات بالفكر وتسمى العقل بالملكة وهو مناط التكليف والثالثة ان يحصل النظريات المفروغ عنها متى شاء من غير افتقار الى اكتساب وتسمى العقل بالفعل والرابعة ان يستحضرها ويلتفت اليها مشاهدة وتسمى العقل المستفاد وليس فيما هو مناط التكليف منها وهو العقل بالملكة فيهن نقصان لمشاهدة حالهن في تحصيل البديهيات وباستعمال الحواس في الجزئيات وبالتنبيه ان شئت فانه لو كان في ذلك نقصان لكان تكليفهن دون تكليف الرجال في الاركان وليس كذلك وقوله عليه السلام ناقصات عقل المراد به العقل بالفعل ولذلك لم يصلحن للولاية والخلافة والامارة وبهذا ظهر الجواب عن الثاني ايضا وتأمل قوله ولا تقبل شهادة الاربع منهن والجواب ان القياس يقتضي قبول ذلك ايضا لكنه ترك ذلك لئلا يكثر خروجهن وشرط للكل الحرية لان الشهادة من باب الولاية ولا ولاية للعبد على نفسه فكيف على غيره والاسلام لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا هذا في الشهادة على المسلم واما الذمي فيجوز ان يشهد على مثله عندنا والعدالة وهي كون حسنات الرجل اكثر من سيئاته وهذا يتناول الاجتناب عن الكبائر وترك الاصرار على الصغائر قال الله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم ولان من يتعاطى غير الكذب من محظورات دينه فقد يتعاطاه ايضا وعن ابي يوسف ان الفاسق اذا كان وجيها ذا قدر وشرف في الناس ذا مروة اي انسانية تقبل شهادته لانه لا يستأجر لشهادة لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروته قال في الهداية والاول اصح يعني عدم قبول شهادة الفاسق مطلقا وجيها ذا مروة كان او لا لان قبولها اكرام للفاسق ونحن امرنا بخلاف ذلك قال صلى الله عليه وسلم اذا لقيت الفاسق فالقه بوجه مكفهر والمعلن بالفسق لا مروة له لكن القاضي لو قضى بشهادة الفاسق نفذ عندنا ولفظ الشهادة وما يشتق منها لان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها بهذا اللفظ قال الله تع واقيموا الشهادة لله واشهدوا اذا تبايعتم واستشهدوا شهيدين وقال عم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع ولان في لفظ الشهادة زيادة توكيد لدلالتها على المشاهدة وعن العراقيين انهم لا يشترطون لفظ الشهادة لانها خبر كالشهادة على هلال رمضان ووجه الظاهر وهو قول سائر الناس ومنهم مشايخ المذهب من البخاريين والبلخيين وغيرهم واعتمد عليه القدوري وعليه الفتوى ما ذكرنا من ان النص ورد بلفظ الشهادة وفيه زيادة تأكيد في الخبر بخلاف الديانات حيث لا يشترط لفظ الشهادة فيها ثم الوجه في اثبات الرمضانية والعيد ان يدعي عند القاضي بوكالة رجل معلقة بدخول رمضان بقبض دين فيقر الخصم بالوكالة وينكر دخول رمضان فيشهد الشهود بذلك فيقضي عليه القاضي بالمال فيثبت مجيء رمضان لان اثبات مجيء رمضان لا يدخل تحت الحكم حتى لو اخبر رجل عدل عند القاضي بمجيء رمضان تقبل ويأمر الناس بالصوم يعني في يوم الغيم ولا يشترط لفظ الشهادة وشرائط القضاء اما في العيد فيشترط لفظ الشهادة وهو يدخل تحت الحكم لانه من حقوق العباد كذا في الخلاصة فلا تصح الشهادة يعني انها لو قال الشاهد اعلم او اتيقن ولا يسأل قاض عن شاهد يعني قال ابو حنيفة لا يتفحص ان الشاهد عدل او غير عدل بل يعمل الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم لان كل مسلم حاله من التزام الاسلام التزام الاجتناب عن محظوراته قال عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف قال

قيل يزداد قوة الظن بالاستقصاء قيل لا موجب لطلب الزيادة الا بدليل ولم يوجد ولهذا لم يكن السلف يسألون
قيل اول من سأل ابن شبرمة بلا طعن خصم فاذا طعن سأل بالاتفاق لان ظاهر حال المسلم في
الشهود معارض بحال الخصم اذا طعن فيهم فان الظاهر ان المسلم لا يكذب بالطعن على مسلم لاجل حطام الدنيا
فيحتاج الى القاضي حينئذ الى الترجيح الا في حد او قود بالاتفاق لانه وجد فيهما دليل طلب الزيادة فيسأل احتيالا
للدرء اذ ربما يعجز عن التزكية فيندرئ الحد وهو مطلوب وعندهما يسأل القاضي في ساير الحقوق طعن الخصم او
لم يطعن سرا او علانا وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك من كان مشهورا بالعدالة لا يسأل عنه ومن عرف جرحه
ردت شهادته وانما يسأل اذا شك لهما ان القضاء يبتني على الحجة وهي شهادة العدول فلا بد من التعريف
عن العدالة وفي السؤال صون القضاء عن البطلان على تقدير ظهور الشهود عبيدا او كفارا او براءا بقولهما
يفتى في زماننا كذا في الاختيار وقاضيخان والهداية ولا يخفى قوة دليله على دليلهما وكونه لا بد ان يثبت العدالة
لم يخالف فيه ابو حنيفة ولكن يقول طريق الثبوت هو البناء على ظاهر عدالة المسلم خصوصا على ما روينا عن النبي
عليه السلام واصحابه والسلف ومع ذلك الفتوى على قولهما لاختلاف حال الزمان ولذلك قالوا هذا الاختلاف
خلاف زمان لا حجة ولا برهان كذا في فتح القدير ويجزي الاكتفاء بالستر قال ابو بكر الرازي لا خلاف بينهم في الحقيقة
فان ابا حنيفة افتى في زمان كانت العدالة ظاهرة والنبي عم عدل اهله فقال خير القرون قرني الذي انا فيهم
ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفشو الكذب فاكتفى بتعديل عليه السلام وفي زمانهما فشا الكذب فاحتاجا
الى السؤال ولو كانا في زمنه ما سألا ولو كان في زمانهما لسأل فلهذا قلنا الفتوى على قولهما لقد تصفحت كثيرا من كتب
ابي الرازي فما رأيته رجح على قول ابي حنيفة قول غيره الا في هذه المسألة فانما رجح قولهما لما رأى فساد اهل الزمان
وقلة مبالاتهم بالامور الدينية وكان يقول ينبغي للحاكم ان ينقب عن احوال الشهود في كل ستة اشهر لانه قد يطرئ
على الشاهد في هذه المدة ما يخرجه عن اهلية الشهادة كذا في الاختيار ويكفي للتزكية قول المزكي هو اي الشاهد
عدل في الاصح لان الحرية ثابتة بالدار قال في الهداية وهذا اصح لان في زماننا كل من نشأ في دار الاسلام كان
الظاهر من حاله الحرية ولهذا لا يسأل القاضي عن اسلامه وحريته وانما يسأل عن عدالته كذا في العناية وقيل لا بد
للتزكية من قوله اي من قول المزكي هو عدل جائز الشهادة لان العبد والمحدود في القذف قد يكون معدلا ولا
يجوز شهادتهما ووجه الاصح ما ذكرنا ان الاصل فيمن كان في دار الاسلام الحرية فهو لعبارته جواب عن النقض
بالعبد وبدلالته عن النقض بالمحدود فان الحرية وعدم المحدودية في الاصالة سيان كذا في ايضاح ابن كمال
وحاشيته ولا يصح تعديل الخصم بقوله هو عدل اخطاء او نسي يعني قال ابو حنيفة على طريقة قوله في المزارعة
من التخريج على قول من رأى ان يسأل عن الشهود بلا طعن لا يقبل قول الخصم يعني المدعى عليه اذا قال في شاهد
المدعي هو عدل فلا يقع به التزكية لان في زعم المدعي وشهوده ان الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره
فلا يصلح معدلا لان العدالة شرط في المزكي بالاجماع وعن ابي يوسف ومحمد يجوز قوله ذلك تعديلا لكن عند محمد
يضم تزكية اخرى الى تزكية الخصم لان العدد عنده في المزكي شرط فان قال هو عدل صدق ثبت الحق لانه
اعترف بالحق وانقطع النزاع هذا اذا كان المدعى عليه عدلا اما ان كان فاسقا او مستورا لا يصح تعديله ولا
يقضي القاضي ثم اذا لم يصح تعديله اذا كان فاسقا او مستورا يسأل القاضي صدق الشهود ام كذبوا فان قال
صدقوا كان ذلك اقرارا فيقضي القاضي باقراره وان قال كذبوا لا يقضي فان كان المزكي اثنين فعدلهم احدهما

وجرحهم

وجرحهم الآخر قال ابو حنيفة وابو يوسف الجرح اولى لانه اعتمد على دليل ظاهر فكان الجرح اولى كما لو عدله اثنان وجرحه
اثنان كان الجرح اولى في قولهم وقال محمد اذا عدلهم واحد وجرحهم الآخر يتوقف ولا يقضي بشهادتهم ولا يرد
بل ينظر ان جرحهم الآخر يثبت الجرح وان لم يجرحهم الآخر بل عدلهم آخر يثبت العدالة وان جرحه واحد وعدله
اثنان تثبت العدالة في قولهم لان قول الاثنين حجة مطلقة في الاحكام بخلاف قول الواحد وان جرحهم اثنان
وعدلهم عشرة كان الجرح اولى لان قول الاثنين يساوي البينة كما في دعوى الملك اذا اقام احد المدعيين
اثنين واقام الآخر عشرة لا يترجح صاحب العشرة كذا في دعوى قاضيخان وغيره ويكفي الواحد لتزكية السر
وكيفيتها ان يبعث القاضي المستورة وهي الرقعة التي يكتبها القاضي ويبعثها سرا بيد امينه الى المزكي مختومة
مكتوبا فيها اسماء الشهود وانسابهم وحلاهم ومحالتهم وسوقهم ان كان من اهل السوق وينبغي للقاضي
ان لا يختار الا معدلا صالحا زاهدا ولا يكون طماعا ولا فقيرا ايتوهم انخداعه بالمال ويكون فقيها يعرف اسباب
الجرح والتعديل كيلا يخدع بالمال مأمونا ويكون المزكي صاحب خبرة بالناس مداخلا لهم لا منزويا عنهم فان
هذا الامر لا يعرفه الا بالمخالطة والمداخلة فان لم يجد الا اهل محلة سألهم فان وجدهم غير ثقات يعتبر تواتر
الاخبار وينبغي للمزكي ان يسأل عن احوال الشهود ويتعرفها من جيرانهم واهل صلاتهم فمن عرفه بالعدالة
يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي اليه عدل مرضي جائز الشهادة ومن عرفه بالفسق لا يكتب تحت اسمه ذلك
بل يسكت احترازا عن هتك الستر ويقول الله يعلم الا اذا عدل غيره وخاف انه لو لم يصرح بذلك يقضي القاضي
بشهادته فيصرح بذلك ومن لم يعرفه لا بالعدالة ولا بالفسق يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي اليه مستور
ثم ختم الرقعة وردها مع امين القاضي اليه وينبغي ان يكون كل ذلك سرا كيلا يظهر فينخدع المزكي او يقصد
بالاذى والترجمة وهو بفتح الجيم تفسير الكلام بلسان آخر اذا لم يعرفها القاضي واحد الخصمين والرسالة من رسول
القاضي الى المزكي وكذا رسول المزكي الى القاضي والاثنان احوط هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وبه قال مالك
واحمد في رواية وعند محمد لا بد من الاثنين وبه قال الشافعي واحمد في رواية لمحمد ان التزكية في معنى الشهادة لان
ولاية القاضي تبتني على ظهور العدالة وهو بالتزكية فتوقفت عليها كما توقفت عليها فيشترط فيه العدد كما تشترط
العدالة ولهذا اشترطت الذكورة في المزكي في الحدود وكما اشترطت في الشهادة عليها ولهما انه ليس في معنى الشهادة
ولهذا لا يشترط فيه لفظ الشهادة ومجلس القضاء فلا يشترط ما يشترط فيها فهذا الخلاف في تزكية السر واما تزكية
العلانية فيشترط العدد بالاجماع لانها شهادة ونشترط الحرية في تزكية العلانية وكيفيتها ان يجمع الحاكم بين
المعدل والشاهد فيقول المعدل هذا الذي عدلته يشير الى الشاهد لينتفي شبهة تعديل غيره فان الشخصين
قد يتفقان في الاسم والنسب وقد كانت التزكية بالعلانية وحدها في عهد الصحابة لان القوم كانوا صلحاء والمعدل
ما كان يتوقى عن الجرح لعدم مقابلتهم الجارح بالاذى ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا لان العلانية بلاء وفتنة
لمقابلتهم الجارح بالاذى يروى ذلك عن محمد دون السر تزكية السر لا يشترط في المزكي فيها اهلية الشهادة فيصلح
العبد مزكيا لمولاه وغيره والوالد لولده وعكسه وكل ذي رحم محرم والعبد والاعمى والمحدود في القذف لانها اخبار كما
عندهما خلافا لمحمد واما تزكية العلانية فهو شرط وكذا العدد بالاجماع قال في الخلاصة شرط الخصاف ان يكون المزكي في
العلانية غير المزكي في السر واما عندنا فالذي يزكيهم في السر يزكيهم في العلانية كذا في الاختيار وشروح الهداية
وقاضيخان وشهود الكفار يعدلهم المسلمون فان لم يعرفهم المسلمون سأل المسلمون من عدول المشركين

[Margin notes beside the left page:]
ويقول القاضي للمدعي زد في شهودك
ولا يقول جرحوا ...

[Diagonal margin note beside the right page:]
... النصر الى ان ... وكل صاحب ... ويكون مع ... فاذا كان موصوفا بالامانة يجوز عدلا ...

ثم يسأل اولئك عن الشهود كذا في الاختيار **فصل** فيما يتعلق بكيفية الاداء ويسوغ ان يشهد بكل ما
سمعه او رآه من الحقوق والعقود كالبيع والاقرار وحكم الحاكم والغصب والقتل وان للوصل لم يُشهد عليه وانما جاز
الاداء بلا اشهاد لانه علم الموجب وتيقنه فعلم الموجب هو الركن المسوغ لاداء الشهادة لانه لا حقيقة لمسوغ الاداء
سواه قال تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون فافاد ان من شهد عالما بالحق كان ممدوحا وقال عليه السلام اذا علمت
مثل الشمس فاشهد فامر بالشهادة عند العلم يقينا فعن هذا صرحوا بانه لو قال له لا تشهد على بما تسمعه
منى ثم قال بحضرته لرجل لفلان لك على كذا او غير ذلك حل له بل يجب ان يشهد عليه بذلك وفي الخلاصة اشترى عبدا
وادعى على البائع عيبا به فلم يشهد شهود بشبهة فباعه من رجل فادعى المشتري الثاني عليه بهذا العيب فانكر فالذين
سمعوا منه حل لهم ان يشهدوا على العيب في الحال **فروع** ولو سمع من وراء حجاب كثيف لا يكشف من ورائه
لا يجوز له ان يشهد ولو فسر للقاضي بان قال سمعته باع ولم ار شخصه حين تكلم لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة الا
اذا احاط بعلم ذلك لان المسوغ هو العلم غير ان رؤيته متكلما بالعقد طريق العلم به فاذا فرض تحقق طريق
آخر جاز وذلك بان يكون دخل البيت فرآه فيه وعلم انه ليس به احد غيره ولا منفذ غير الباب وهو قد جلس عليه
وسمع الاقرار او البيع فانه يجوز له الشهادة عليه بما سمع لانه حصل به العلم في هذه الصورة ونحوه في الاقضية
وفي الفتاوى اذا اقرت المراة من وراء حجاب لا يجوز لمن سمع ان يشهد على اقرارها الا اذا رأى شخصها فح
يجوز اجمل في هذه المسئلة ووضعها في الخلاصة وغيرها هكذا الشهادة على امراة لا يعرفها سأل ابن محمد بن الحسن
اباسليمان الجوزجاني عنها قال لا يجوز حتى يشهد عنده عدلان انها فلانة كذا في فتح القدير قال في فتاوى
قاضيخان كان ابوحنيفة اولا لا يجوز له ان يشهد عليها حتى يشهد عنده جماعة انها فلانة وكان ابو يوسف
وابوبكر الاسكاف يقولان يجوز اذا شهد عنده عدلان انها فلانة وعليه الفتوى انتهى وهل يشترط رؤية
وجهها اختلف المشايخ فيه منهم من لم يشترط واليه مال الامام خواهرزاده وفي النوازل قال يشترط رؤية شخصها
وفي الجامع الصغير يشترط رؤية وجهها قال ورأيت الامام حانياً امرها بكشف الوجه وامرني بالخروج وانت تعلم
انه لابد من معرفة تقييد التميز عند الاداء عليها فاذا ثبت ان التعريف يفيد التميز لزم ان لا حاجة الى رؤية وجهها
ولا شخصها كما اختاره شيخ الاسلام خواهرزاده الا اذا لم يوجد من يعرفها واذا وجد ح يجري الخلاف المذكور انه
يكفي في العرف عدلان او لابد من جماعة ويوافقه ما في المنتقى لو تحمل رجل الشهادة على امراة فماتت فشهد عنده
ان المتوفاة فلانة جاز له ان يشهد عليها انتهى في الخلاصة وفي المحيط شهدا على امراة سمياها ونسباها وكانت
حاضرة فقال القاضي اتعرفانها قالا لا تقبل شهادتهما ولو قالا تحملناها على المسماة بفلانة بنت فلان الفلانية
ولا ندري انها هذه ام لا صحت الشهادة وكلف المدعي بان يأتي بآخرين يشهدان انها فلانة بنت فلان بخلاف
الاول لانهما هناك اقرا بالجهالة فبطلت الشهادة الكل من فتح القدير ولا يشهد على شهادة غيره اذا سمع اداءها
او سمع اشهاد الغير عليها ما لم يشهد هو عليها لان الشهادة غير موجبة بنفسها بل بالنقل الى مجلس القضاء
ولا يكون ذلك الا بالانابة والتحميل ولهذا لو سمعه يشهد على شهادته لم يسع السامع ان يشهد لانه ما حمله
وانما حمل غيره ولو سمعه يشهد في مجلس القاضي حل له ان يشهد على شهادته لانها ملزمة ولو كتب الى آخر رسالة
من فلان الى فلان السلام عليكم كنت تتقاضاني الالف التي لك على وكنت قضيتك منها خمسمائة وبقي
على خمسمائة او كتب الى زوجته قد بلغني كتابك تسألني الطلاق فانت طالق طلقت ساعة كتب فهذا كله

جائز

جماعة على انها فلانة كما عند ابي يوسف وعند
ابيك فيجوز اذا شهد عنده هر

جائز ومن شهادة لحق الرجل الذي كتب اليه وان لم يشهدهم على ذلك وينبغي لمن علم بذلك ان يشهد
بالمال والطلاق بخلاف ما لو كتب صك وصية وقال للشهود اشهدوا على بما فيه ولم يقرأه عليهم قال علماؤنا
لا يجوز لهم ان يشهدوا عليه وقيل لهم ذلك والصحيح الاول وانما يحل لهم ان يشهدوا بما فيه اذا قرأه عليهم
او رأوه يكتب وهم يقرؤنه او كتبه غيره ثم قرأه عليه بحضرة الشهود فقال لهم اشهدوا على بما فيه ولو كتب
بين يدي الشهود صكا وعرف الشاهد ما كتب فيه ولم يقل اشهدوا على بما فيه لا يسعهم ان يشهدوا عليه
ولو قرأه عليه فقال الشاهدان انشهد عليك بما فيه فحرك رأسه بنعم بلا نطق فهو باطل الا في الاخرس وانما يجوز
لهم ان يشهدوا اذا كان الكتاب على الرسم المعروف بان كان على ورقة وعنون كما هو العادة في الكتابة الى
الغائب واذا اشهد على ذلك التقدير فقال لم ارد الاقرار والطلاق لا يدينه القاضي ويدين فيما بينه وبين الله تعالى
اما لو رآه كتب ذكر حق على نفسه لرجل لا على ذلك الوجه ولم يشهدهم به لا يحل له ان يشهد بالدين لجواز كونه للتجربة
بخلاف الكتابة المرسومة وبخلاف خط السمسار والصراف لانه حجة للعرف الجاري كذا في فتح القدير وقاضيخان
والخلاصة ولا يعمل شاهد يعني لا يحل للشاهد اذا رأى خطه ان يشهد الا ان يتذكر شهادته التي صدرت
منه فان لم يتذكر وجزم انه خطه لا يشهد لان هذا الجزم ليس بجزم بل يحتمل الجزم لان الخط يشبه الخط فلم يحصل
العلم هكذا ذكره القدوري ولم يذكر خلافا هو ولا في شرحه للاقطع وكذا الخصاف ذكر ما في ادب القاضي له ولم
يحك خلافا وانما حكى الخلاف الفقيه ابو الليث وغيره كشمس الائمة قال صاحب الهداية قيل هذا على قول ابي
حنيفة وعندهما يحل له ان يشهد وقيل عدم جواز الشهادة اذا رأى ولم يتذكر بالاتفاق وانما الخلاف
فيما اذا رأى القاضي في ديوانه شهادة شهود اديت عنده ولم يتصل بها حكم ثم جاء المشهود له وطلب
الحكم من القاضي والقاضي لا يتذكر انه شهد عنده بذلك لم يجز له ان يحكم عنده وبه قال الشافعي واحمد في رواية
وعند ابي يوسف ومحمد اذا وجده في قمطره اي خريطته تحت خاتمه يجوز ان يقضي به وبه قال مالك واحمد في رواية
وكذا اذا رأى حكمه مكتوبا في خريطته ولم يتذكر انه حكم وفي الحديث يجده مكتوبا بخطه ووجد سماعه مكتوبا بخط غيره وهو
خط معروف فكل هذا على ذلك الخلاف كما اشار اليه المصنف بقوله فلا قاض ولا راو بخطه ما لم يتذكر وعندهما لو تيقن
العمل ان كان ذلك الخط محفوظا في يده لما ان الخط يشبه الخط فلا يفيد العلم وايضا هذا مبني عند ابي حنيفة
في الرواية على انه يشترط الحفظ ولهذا قلت روايته لاشتراطه في الرواية الحفظ من وقت السماع الى وقت الاداء
كذا في شروح الهداية وقال محمد يجوز لكل واحد منهم ان يعمل بالكتاب ان تيقن به وان لم يتذكر الواقعة توسعة
للامر على الناس وقال ابو يوسف يجوز للراوي ان يعمل به لدلالة الظاهر وكذا للقاضي لانه عاجز عن حفظ كل
حادثة لكثرة اشتغاله وليس للشاهدان يشهد برؤية خطه ما لم يتذكر الشهادة كذا في ايضاح ابن كمال
فلا يخفى ما في قول المصنف وعندهما يجوز فتأمل وقال في الحقايق الفتوى على قولهما كذا في القهستاني وايضاح
ابن كمال نقلا عن العيون وفي الفتاوى الصغرى لو تذكر انه كتب الشهادة ولم يتذكر انه اشهده على المال
لا يشهد وعند محمد يسعه ان يشهد ولو شهد عند القاضي ينبغي ان يقبل لكن اذا رأى الشاهد ينبغي
ان يسأله ام تشهد عن علم ام تعتمد على الخط فان قال عن علم قبلت شهادته وان قال اعتمد على الخط
~~فان قال عن علم قبلت~~ لا تقبل قال شمس الائمة الحلواني ينبغي ان يفتي بقول محمد وهكذا في الاجناس
وفي النوازل اذا عرف خطه والخط في حرزه ونسي الشهادة عند ابي يوسف ومحمد يسعه ان يشهد

قال الفقيه ابو الليث وبه نأخذ وينبغي للشاهد اذا كتب الشهادة ان يعلم حتى يكون بحال يعرفه بعد
ذلك ولا يمكن تغييره كذا في الخلاصة ولا يشهد بما لم يعاينه اي لم يقطع به من جهة المعاينة بالعين او
السماع الا النسب بان سمع انه ابن فلان بن فلان وسعه ان يشهد به وان لم يعاين الولادة
على فراشه وفي الغريب لم تقبل الا اذا شهد عنده عدلان من بلده على الصحيح كما في شرح ادب القاضي
وغيره والموت ولو اخبر واحد بالموت والآخر بالحيوة اعتبر العدل ولو كان كلاهما عدلا اعتبر الموت كما في النهاية
كذا في القهستاني والنكاح والدخول بامرأته وولاية القاضي واصل الوقف فانه يسعه ان يشهد بهذه
الامور وان لم يعاينه اذا اخبره بها ويشترط كون الاخبار بلفظة الشهادة ممن يثق به ثم قصر الاستثناء
في الاشياء المذكورة ينفي اعتبار الشهادة بالتسامع في الولاء وعن ابي يوسف تجوز في الولاء بالتسامع
رجع اليه وكان اولا يقول كقول ابي حنيفة ومحمد انه لا يجوز الا ان يسمعها المعتق ثم رجع الى انه يجوز لقوله عليه السلام
الولاء لحمة كلحمة النسب وفي النسب تجوز بالتسامع فكذا في الولاء الا ترى ان قنبرا مولى علي بن ابي طالب
ونافعا مولى ابن عمر وبلال مولى ابي بكر ولهما انه يبنى على العتق وهو عبارة عن ازالة ملك اليمين ولا بد فيه
من المعاينة لان العتق يحصل بكلام يسمعه الناس وليس كالولادة فلا حاجة فيه الى اقامة التسامع مقام
البينة من رجلين عدلين او رجل عدل وامرأتين عدلتين استحسانا والقياس عدم الجواز لان الشهادة
من المشاهدة وهي منتفية فلا تجوز كالبيع وغيره لو سمع بالاستفاضة انه باع لم تجز الشهادة عليه بالبيع وكذا غيره
وجه الاستحسان ان العادة جارية بذلك لانه لا طريق الى معرفة هذه الاشياء سوى الخبر اذ لم تجر العادة بحضور الناس
الولادة وانما يرون الولد مع امه ادم رضعته وينسبونه الى الزوج فيقولون هو ابن فلان وكذا عند الموت لا يحضره
غالبا الا الاقارب فاذا رأوا الجنازة والدفن حكموا بموت فلان وكذا النكاح لا يحضره كل احد وانما يخبر بعضهم بعضا ان
فلانا تزوج فلانة وكذا الدخول لا يعلم الا بما رأيت فان الوطء لا يشهد وكذا ولاية السلطان للقاضي لا يحضرها الا الخواص
وانما يحضرون جلوسه وتقلده للاحكام فاذا كانت العادة ان علم هذه الاشياء غالبا لا يحصل الا لبعض الافراد وان
الناس يعتمدون فيه على الخبر كان الخبر مسوغا للشهادة والا ضاعت حقوق عظيمة تبقى على مر الاعصار كالنسب
والنكاح والارث والموت ويترتب عليها امور كثيرة مثل العدة والاحصان وكمال المهر في الدخول ولهذا تمت
النعت الاجماع على وجوب الشهادة بان عائشة بنت ابي بكر وانها زوجة النبي عليه السلام وانه دخل بها وان عليا
بن ابي طالب وعمر بن الخطاب ونشهد بنسب النبي عليه السلام ونشهد بقضاء شريح وابي ليلى وابي يوسف
وان ابا بكر وعمر وعثمان وعليا ماتوا ولم نعاين شيئا من ذلك بخلاف البيع كل احد من العام والخاص يحضره ثم انما يجوز
للشاهد ان يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر او باخبار من يثق به ثم قال في الهداية واما الوقف فالصحيح انه
تقبل الشهادة بالتسامع عليه في اصله انتهى قوله فالصحيح احتراز عن قول طائفة من المشايخ انها لا تقبل ومنهم
من قال تجوز على اصل الوقف بالتسامع دون شرائطه واختاره السرخسي وهو ما ذكره صاحب الهداية لان اصله
هو الذي يشتهر ولا بد من بيان الجهة بان يشهد انه وقف على هذا المسجد او القبرة او ما اشبهه حتى لو لم
يذكروا ذلك في شهادتهم لا تقبل كذا في الذخيرة كذا في شروح الهداية وذكر في المجتبى المختار ان تقبل على
شرائط الوقف ايضا كذا في فتح القدير وفي الخلاصة لو اخبرها واحد بموته واثنان بحيوته ان كان المخبر بالموت عدلا
وشهد انه عاين بموته او جنازته وسعها ان تتزوج بعد انقضاء عدتها ثم قال هذا اذا لم يؤرخا فان ارخا

وتاريخ

وتاريخ شاهد الحيوة بعد تاريخ شاهد الموت فشهادة شاهد الحيوة اولى وكذا الشهادة بقتله انتهى
ولو شهد واحد بالموت واخر بالحيوة فاخذ امرأته بشهادة الموت لانها تثبت العارض ذكره رشيد الدين
في فتاواه وذكر فيها ايضا انه انما يجوز الشهادة بالتسامع على الموت اذا كان الرجل معروفا بان كان عالما او
من العمال اما اذا كان تاجرا او من هو مثله لا يجوز الا بالمعاينة الكل في فتح القدير وفي الموت يكفي العدل الواحد
ولو انثى وهو المختار وفي الموت اذا قلنا يكفي الواحد لا يشترط لفظ الشهادة بالاتفاق او يتواتر الاخبار بذلك
وقيل في الموت يكفي باخبار واحد عدل او واحدة وهو المختار بخلاف ما سواه لانه قل ما يشاهد حاله عند الموت
غير الواحد لان الانسان يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح ثم اذا رآه
واحد عدل ويعلم ان القاضي لا يقضي بذلك وهو عدل اخبر غيره ثم يشهد ان بموته ولا ينبغي ان يذكر ذلك المخبر
انه شهد موته او جنازته او دفنه حتى يشهد الآخر معه وكذا لو حضر موت رجل وصنع اهله ما يصنع بالموتى لم يسع
لاحد ان يشهد بموته الا ان يشهد موته او سمع ممن شهد ذلك ذكره في الفتاوى كذا في فتح القدير وان يشهد من
رأى جالسا مجلس القضاء لاجله يدخل عليه الخصوم اي المدعي والمدعى عليه انه قاض اي يشهد ان ذلك الجالس
قاضي هذه الناحية وان لم يعاين تقليد الامام اياه وروى ابن سماعة عن محمد اذا اخبرك واحد عدل بالموت
وسعك ان تشهد به والصحيح ان الموت بمنزلة النكاح وغيره لا يكتفى فيه بشهادة الواحد ذكره قاضي خان
وغيره كذا في ايضاح ابن كمال وكذا ان يشهد من رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتا واحدا معا وبينهما انبساط
الازواج كالمعانقة والتقبيل انها زوجته كما لو رأى عينا في يد غيره عملا بظاهر الحال وان يشهد من رأى شيئا
سوى الآدمي في يد متصرف فيه تصرف الملاك انه اي يشهد بان ذلك الشيء له اي لذلك المتصرف يعني من
رأى عينا سوى آدمي يعبر عن نفسه ولم يعلم رقه في يد انسان ثم رآها في يد آخر والاول يدعي عليه الملك وسعه
ان يشهد بانه للمدعي لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها فان المرء
وان عاين البيع او غيره من الاسباب لا يعلم ملك المشتري الا بملك البائع وملك البائع لا يعلم الا باليد واقصى
ما يستدل به كاف في الدلالة لئلا يلزم انسداد باب الشهادة المفتوح بالاجماع وعن ابي يوسف انه يشترط في حل
الشهادة بالملك مع ذلك ان يقع في قلبه انه له وفي الفوائد الظهيرية ما يسند هذا القول يعني شهادة القلب
الى ابي يوسف ومحمد ولفظه وعنهما فاشار المصلى اختياره بقوله ان وقع ذلك في قلبه قال صاحب
الهداية قالوا يعني المشايخ يحتمل ان يكون هذا تفسيرا لاطلاق محمد في الرواية وهو قوله وسعك ان تشهد
انه له يعني اذا وقع ذلك في القلب قال الصدر الشهيد يحتمل ان يكون قوله قول الكل وبه نأخذ وقال ابو بكر الرازي
هذا قولهم جميعا ووجهه ان الاصل في حل الشهادة اليقين لما عرف بالنص فعند تعذره يصار الى ما يشهد به القلب
لان كون اليد مسوغا بسبب افادتها ظن الملك فاذا لم يقع في القلب ذلك لا ظن فلم يفد مجرد اليد ولهذا قالوا اذا
رأى ان درة ثمينة في يد كناس او كتابا في يد جاهل ليس في آبائه من هو اهل له لا يسعه ان يشهد بالملك
له فعرف ان مجرد اليد لا يكفي وقال الشافعي دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا وهو الخصاف
وهو قول مالك لان اليد تتنوع الى ملك ونيابة وضمان فلا يفيد العلم فلا بد من ضم التصرف اليها قلنا وكذا التصرف
ايضا وضم المحتمل الى المحتمل لا يزيل الاحتمال فينتفي العلم قال في فتاوى قاضي خان والصحيح ما ذكر في المنتقى ان اليد
محتملة وكذا التصرف فلا يحل له ان يشهد ما لم يقع في قلبه انه له انتهى ثم ينبغي ان يطلق الشهادة حتى لو قال انه

شهد بناء على اليد لا تقبل لهذا لان معاينة اليد مطلق للشهادة مجوز لها لا موجب على الشاهد ان يشهد
والقاضي يلزمه القضاء بالملك بالشهادة ولهذا قلنا اذا كانت دار في يد رجل يتصرف فيها تصرف الملاك بيعت دار
بجنبها فاراد ذو اليد ان ياخذها بالشفعة لا يقضي القاضي له بذلك عند انكار المشتري ان يكون الدار ملك ذي
اليد وان ثبت عند القاضي انها في يده يتصرف فيها لان العيان ليس سببا للوجوب بل للجواز ثم هذه المسئلة
على وجوه اربعة بالقسمة العقلية الاول ان يعاين الملك والمالك بان عرف المالك باسمه ونسبه ووجهه
وعرف الملك بحدوده وحقوقه وراه في يده بلا منازعة ثم راه في يد اخر فجاء الاول وادعاه وسعه ان يشهد له
لانه شهادة عن علم الثاني ان يعاين الملك دون المالك بان عاين ملكا بحدوده ينسب الى فلان بن فلان
الفلاني وهو لم يعرفه بوجهه ونسبه ثم جاء الذي ينسب اليه الملك وادعى ملك هذا المحدود على شخص حل له ان يشهد
استحسانا والقياس ان لا تجوز لانها شهادة بالملك لمالك مع جهالة المشهود له وجهالة المشهود به تمنع جواز
الشهادة فكذا جهالة المشهود له وجه الاستحسان ان الملك المشهود به معلوم والنسب يثبت بالتسامع والشهرة
فصار المالك معلوما بالتسامع ايضا الا يرى ان صاحب الملك ان كانت امراة لا تبرز ولا تخرج ولا يراها الرجال
فان كان الملك مشهورا انه لها جاز ان يشهد عليه لان شهرة الاسم كالمعاينة والثالث ان لا يعاين الملك
ولا المالك بان سمع ان لفلان الفلاني ضيعة في قرية كذا حدودها كذا وهو لم يعرف تلك الضيعة ولم يعاين يده
عليها لا يحل له ان يشهد له بالملك لانه مجازف في هذه الشهادة والرابع ان يعاين المالك بان عرفه معرفة
تامة كما ذكرنا وسمع ان له ضيعة في كورة كذا وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها لا يسعه ان يشهد له بالملك فيها
لانه لم يحصل له العلم بالمحدود والادمي ان علم رقه او كان صغيرا لا يعبر عن نفسه فكذلك يعني ان من راى
عبدا او امة في يد انسان يخدمانه وعرف رقه جاز له ان يشهد انه ملك ذي اليد لان الرقيق لا يد له على نفسه
وقد شوهد في يد غيره فكان كرؤية ثوب في يده وكذا اذا كان صغيرا لانه لا يد له على نفسه ايضا واما اذا لم يعرف
رقه وكان يعبر عن نفسه سواء كان صبيا عاقلا او بالغا بمرح الحجي فيكون له يد على نفسه فيدفع بها يد الغير
حتى ان الصبي الذي يعقل لو اقر بالرق على نفسه لغيره جاز اقراره ويقبل المقر له ما يصنع بمملوكه فاذا كان ممن يعبر
عن نفسه لا يكون اليد دليل الملك اذ الحر قد يخدم الحر خدمة العبيد وبالجملة لو كان اهلا للتعبير عن نفسه فلم يقر بالرق
لا تثبت الشهادة عليه به واما لا تقبل دعواه الحرية بعد ما كبر في يد من هو في يده لظهور الرق عليه في حال صغره
بهذا وعن ابي حنيفة انه يحل ان يشهد في الكبير ايضا اعتبارا بالثياب وكذا روي عن ابي يوسف ومحمد فجعلوا
اليد في الكل دليلا على الملك بدليل ان من ادعى عبدا او امة في يد غيره وذو اليد يدعي لنفسه فالقول لذي اليد
لان الظاهر شاهد له لقيام يده عليه كما في الثياب والدواب والفرق ما بينا من ان له يدا على نفسه يدفع
بها يد الغير عنه بخلاف الثياب والدواب كذا في شروح الهداية ولو فسر الشاهد للقاضي انه يشهد بالتسامع
او بمعاينة اليد لا يقبلها القاضي يعني ينبغي ان يطلق اداء الشهادة فيقول في النسب اشهد ان فلانا ابن
فلان كما نشهد ان ابا بكر ابن ابي قحافة وعمر بن الخطاب وكذا نشهد انه امير او قاض او وقف وغير ذلك
ولم نشاهد شيئا من ذلك واما لو فسر للقاضي بانه يشهد بالتسامع لم تقبل وكذا معاينة اليد في الاملاك مطلق
للشهادة فيحل له الشهادة بالملك وتقبل فاذا فسر بانه انما يشهد لانه رآه في يده في وقت من الاوقات لا تقبل
وفي الفوائد الظهيرية شهدا على النكاح والنسب وفسرا وقالا سمعنا ذلك من قوم لا يتصور اجتماعهم على الكذب

لاتقبل

لاتقبل وقيل تقبل وقال صاحب العدة لو قال اخبرنا بذلك من نثق به تقبل وجعل الاصح واختاره الخصاف وفي
فصول الاستروشني لو شهدا على النكاح فقيل لهما هل كنتما حاضرين فقالا لا تقبل شهادتهما لانه يحل
لهما الشهادة بالتسامع وقيل لا تقبل كانهما قالا لم نعاين ولو شهدا وقالا سمعنا لا تقبل وكذا هذا كذا في فتح
القدير ويستثنى منه الوقف فان الشاهدين بالوقف اذا فسرا شهادتهما بانهما شهدا بالتسامع
تقبل بخلاف سائر ما يجوز به الشهادة بالتسامع كالنسب فانهم اذا صرحوا بانهم شهدوا بالتسامع لا تقبل
لان الوقف حق الله تعالى وفي تجويز القبول بتصريح التسامع حفظ للاوقاف القديمة عن الاستهلاك وغيره وليس
كذلك ذكره في الدرر نقلا عن العمادية ومن شهد انه حضر دفن زيد او صلى عليه قبلت شهادته وهو عيان
بالكسر معاينة للموت حكما لا تسامع لانه لا يدفن ولا يصلى الا على الميت فكانت شهادته على الموت وهذا اذا لم
يكن الشاهد متهما في خبره بان لم يكن من ورثته ولا موصى له والا فلا يعتمد على خبره كما في العمادي وغيره كذا في القهستاني

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

لما فرغ من بيان ما يسمع فيه الشهادة وما لا يسمع شرع في بيان من يسمع منه
الشهادة ومن لا تسمع وقدم ذلك على هذا لانه محال الشهادة والمحال شروط والشروط متقدمة على المشروط
والاصل رد الشهادة ومبناه التهمة قال عليه السلام لا شهادة لمتهم والتهمة قد يكون لمعنى في الشاهد كالفسق
فان من لا ينزجر عن غير الكذب من محظورات دينه فقد لا ينزجر عنه فكان متهما بالكذب وقد يكون لمعنى في المشهود له
من قرابة بها يتهم بايثار المشهود له على المشهود عليه كالولادة وقد تكون لخلل في اداة التمييز كالعمى المفضي الى تهمة الغلط
فيها وقد تكون بالعجز عما جعل الشرع دليل صدقه كالمحدود في القذف قال الله تعالى فان لم ياتوا بالشهداء فاولئك
عند الله هم الكاذبون لا تقبل شهادة الاعمى مطلقا سواء عمي قبل التحمل او بعده فيما تجوز فيه الشهادة بالتسامع
لان الحاجة فيه للسماع ولا خلل في سمعه وهو قول الشافعي ومالك واحمد والنخعي والحسن البصري وسعيد بن جبير
والثوري وتقبل في الترجمة عند الكل لان العلم يحصل بالسماع خلافا لابي يوسف فيما اذا تحملها بصيرا يعني تجوز
شهادة الاعمى عند ابي يوسف فيما طريقه السماع وما لا يكفي فيه السماع اذا كان بصيرا وقت التحمل اعمى عند الاداء
اذا كان يعرفه باسمه ونسبه وهو قول الشافعي ومالك واحمد لانه اذا كان يعرفه باسمه ونسبه كفى كالشهادة
على الميت ولنا ان الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له وعليه وهو منتف من الاعمى الا بالنغمة وفيه
شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود فان في الشهود البصراء اكثر وبهم غنية فلم يتحقق ضرورة بخلاف وطء الاعمى
زوجته وامته فانها لا يمكن التحرز عنه بجنس النساء فاهدرت دفعا للحرج والاكتفاء بالنسبة في التعريف للغائب
دون الحاضر بخلاف الميت لانه لا يمكن التحرز عنه بجنس الشهود لان المدعي ان استكثر من الشهود يحتاج
الى اقامة الاسم والنسبة مقام الاشارة عند موت المشهود عليه او غيبته على ان الاشارة لم تقع الى وكيل
الغائب ووصي الميت وهو قائم مقامه ولا حاجة الى الالحاق بالحدود ذكر حجة ان شهادة الاعمى لا تقبل فيها
بالاجماع بل ما تقدم يكفي اذ الرد بشبهة ما في الحدود لا يستلزم الرد بمثلها في غيرها لان تلك مما تحتاط في درء الحكم
فيها وقيل في الذخيرة قول ابي يوسف بما اذا كانت شهادته في الدين والعقار اما في المنقول فاجمع
علماؤنا انها لا تقبل واما شهيد الظهيري وجه منع ابي حنيفة ومحمد القضاء بالعمى الطارئ بعد اداء الشهادة
فهو ان شرط القضاء قيام اهلية الشهادة وقت القضاء لصيرورة الشهادة حجة عند القضاء لانها انما
تراد للقضاء ولا قيام لها بالعمى فصار كما اذا خرس او جن او فسق فانهم اجمعوا على ان الشاهد اذا خرس

او جن او ارتد بعد الاداء قبل القضاء لا يقضي القاضي بشهادته بخلاف ما اذا مات الشاهد او غاب
بعد الاداء قبل القضاء فانه لا يمنع القضاء وان لم توجد الاهلية عنده لان الاهلية بالموت انتهت — لا تفوت الاهلية
والشيء يتقرر بنهايته وبالغيبة كذا في شروح الهداية والاختيار ولا تقبل شهادة المملوك اي الرقيق
ذكرا فقال مالك والشافعي واحمد تقبل على الاحرار والعبيد لنا ان الشهادة ولاية متعدية وليس له ولاية
قاصرة فاولى ان لا تكون له متعدية قال في فتاوى قاضيخان لا تقبل شهادة المملوك قنا كان او مدبرا او ام — او مكاتبا
ولد وكذلك معتق البعض عند ابي حنيفة ولا ينعقد النكاح بحضرتهم عندنا كما لا ينعقد بشهادة الصبيان
والنسوان وقال مالك ينعقد بحضرة المملوك انتهى والصبي عندنا وهو قول مالك والشافعي واحمد وعامة
العلماء وعن مالك تقبل في الجراح اذا كانوا مجتمعين لامر مباح قبل ان يتفرقوا ويروى ذلك عن علي ابن الزبير
والوجه في ان لا تقبل لنقصان العقل والتمييز ولانه ربما يقدم لعلمه بعدم التكليف وقال قاضيخان ولا تقبل
شهادة المجنون لعدم العقل والمعتوه بمنزلة المجنون انتهى الا ان تحملا اي المملوك والصبي الشهادة حال الرق
والصغر واديا بعد العتق والبلوغ فتقبل لان التحمل بالمعاينة او السماع وهما لا ينافيانهما وعند
الاداء هما من اهل الشهادة وقال ابن الهمام وكذا الذمي اذا سمع اقرار المسلم ثم اسلم فادعى جاز ان يشهد
واعلم ان كل من ردت شهادته للرق او الصبي او الكفر ثم زالت هذه الموانع فاداها قبلت ولو ردت لفسق
او زوجية او العبد لمولاه والمولى لعبده فاداها لم تقبل والفرق ان الاولى ليست بشهادة لعدم الاهلية
فلم يكن الرد تكذيبا شرعا والثانية شهادة لقيام الاهلية فكان تكذيبا فلا تقبل ابدا كذا في الاختيار ولا
تقبل شهادة المحدود في قذف وان تاب للوصل لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ولان الرد من تمام
الحد فيبقى بعد التوبة اما المحدود في غير القذف فالرد ليس من الحد وانما هو للفسق واذا ارتفع بالتوبة تقبل كذا في
الاختيار فان قلت هل يصلح رد الشهادة جزاء للقاذف وحدا له قلت نعم فان الاذن تتألم بسماع كلامه فوق ما
يتألم بالضرب وهذا امر مناسب لانه الحق بالمقذوف من العار بتهمة الزنا ثم انتفى اللسان الذي منه صدر جريمة
القذف كقطع اليد في السرقة الا انه ضم اليه الايلام الحسي لكمال الزجر وعمومه جميع الناس فان منهم من لا ينزجر
بالايلام باطنا كذا في التلويح وقال الشافعي ومالك واحمد تقبل اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا والمراد بتوبته
الموجبة لقبول شهادته ان يكذب نفسه في قذفه وهل يعتبر معه اصلاح العمل فيه قولان في قول يعتبر لقوله تعالى
الا الذين تابوا من بعد ذلك واصلحوا وقيل لا لان عمر رضي الله عنه قال لابي بكرة تب اقبل شهادتك وقد يجاب بان ابا
بكرة كان من العباد وحاله في العبادة معلوم فصلاح العمل كان ثابتا فلم يبق الا التوبة باكذاب نفسه والجواب
ان الاستثناء منصرف الى ما يليه وهو قوله تعالى واولئك هم الفاسقون وهو ليس معطوف على ما قبله
لان ما قبله طلبي وهو اخبار وتحقيقه في الاصول ثم ذكر في المبسوط الصحيح من المذهب عندنا ان المحدود
في القذف اذا اقام اربعة من الشهود على صدقه بعد الحد عليه تقبل شهادته ذكره ابن الهمام الا ان حد
القاذف كافرا ثم اسلم فتقبل شهادته لان للكافر شهادة في الجملة فردها من تمام شهادته وبالاسلام حدثت
له شهادة اخرى بخلاف العبد اذا حد في قذف ثم عتق لا تقبل شهادته لانه لم تكن له شهادة اذ ذاك
فيكون رد شهادته تتميم حده برد الشهادة التي تجددت له وقد طولب بالفرق بينه وبين من زنى في دار الحرب
ثم خرج الى دار الاسلام لا يحد حيث توقف حكم الموجب في العبد الى ان امكن ولم يتوقف في الزاني في دار الحرب

الى الامكان

الى الامكان بالخروج الى دار الاسلام اجيب بان الزنا في دار الحرب لم يقع موجبا اصلا لعدم قدرة الامام فلم يكن
الامام مخاطبا باقامته اصلا لان القدرة شرط التكليف فلو حده بعد خروجه من غير سبب آخر كان بلا موجب
وغير الموجب لا ينقلب موجبا بنفسه خصوصا في الحد المطلوب درؤه اما قذف العبد فموجب حال صدوره
للحد غير انه لم يمكن تمامه في الحال فتوقف تتميمه على حدوثها بعد العتق وقال في المبسوط بعد ذكر الفرق هذا
الفرق على الرواية التي يقبل خبر المحدود في القذف في الديانات اما على رواية المنتقى ان لا يقبل فالفرق ان
الكافر بالاسلام استفاد عدالة لم تكن موجودة عند اقامة الحد وهذه العدالة لم تصر مجروحة بخلاف العبد فانه بالعتق
لا يستفيد عدالة لم تكن من قبل وقد صار عدالته مجروحة باقامة الحد ولا تقبل الشهادة لاصله وان علا وفرعه وان
سفل لقوله عليه السلام لا تجوز شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد
لسيده ولا السيد لعبده ولا الشريك لشريكه ولا الاجير لمن استأجره ولان المنافع بين الاولاد والآباء متصلة
فتكون شهادة لنفسه من وجه ولان قرابة الولاد كنفسه لم يجز شرعا وضع الزكوة فيهم وعلى هذا كان شريح حتى
رد شهادة الحسن حين شهد مع قنبر لعلي رضي الله عنه اما سمعت انه عليه السلام قال الحسن والحسين هما سيدا شباب
اهل الجنة قال نعم صدق رسول الله عليه السلام ولكن ائت بشاهد آخر فقيل عزله ثم اعاده وزاد في رزقه
فقيل يرجع الى قوله كذا في فتح القدير وعبده ومكاتبه وامته وام ولده لانه شهد لنفسه فتقبل على احد منهم ولو
ولو شهد له فرده القاضي ثم اعتق فاعاده لم تقبل لتهمة الكذب كذا في القهستاني وكذا لا تقبل شهادة المولى
لعبده لما روينا ولانه شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين لان العبد وما يملكه لمولاه ولنفسه من
وجه اذا كان على العبد دين لان حال العبد موقوف مراعى بين ان يصير للغرماء بسبب بيعهم المال في دينه
وبين ان يبقى للمولى بسبب قضائه دينه وكذا المدبر وام الولد والمكاتب لما قلنا وهو قول الائمة الثلاثة
وفي المبسوط وكذا لا تقبل شهادته لابي المولى وابنه وامرأته لهؤلاء وكذا شهادة المرأة لزوجها المملوك
وكان مقتضى القياس ان تقبل لانها في الحقيقة شهادة لسيده لكن منعوه للفظ النص السابق او حد
الزوجين للآخر ولو كان المشهود له من الزوجين والزوج مملوكا وقال الشافعي تقبل وبقولنا قال مالك واحمد وقال
ابن ابي ليلى والثوري والنخعي لا تقبل شهادة الزوجة لزوجها لان لها حقا في ماله لوجوب نفقتها وتقبل شهادتها
الزوج لها لعدم التهمة للشافعي ان الاملاك بينهما متمايزة والايدي متحيزة فلا اختلاط فيها ولهذا يجري بينهما
القصاص والحبس بالدين ولا معتبر بما بينهما من النفع المشترك لكل منهما بمال الآخر لانه غير مقصود بالنكاح
فصار كالغريم اذا شهد لمديونه المفلس بمال له على آخر يقبل مع توهم انه يشاركه في منفعته ولنا ما روينا بخلاف
القصاص لان بعد الموت لا زوجية وفي المحيط لا تقبل شهادته لمعتدته من رجعي ولا بائن لقيام النكاح
في البعض لا الكامل ولو شهد احدهما للآخر في حادثة وردت فارتفعت الزوجية فاعاد تلك الشهادة لا تقبل كذا
في فتح القدير والاختيار والشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لانه يصير شاهدا لنفسه في البعض وذلك باطل
واذا بطل البعض بطل الكل لكونها غير متجزية اذ هي شهادة واحدة ولو شهد بما ليس من شركتهما قبلت
لانتفاء التهمة قيل هذا اذا كانا شريكي عنان اما اذا كانا متفاوضين فلا تقبل شهادة احدهما لصاحبه
الا في الحدود والقصاص والنكاح والطلاق والعتاق لان ما سوى هذه مشترك بينهما فكان شهادة
لنفسه من وجه كذا في العناية وهكذا ذكره ابن الهمام فقال ينبغي ان تنزاد الشهادة بما كان من طعام اهل احدهما

اوكسوتهم ايضا لانه لاشركة بينهما فيه وقال في الهداية والمراد بالاجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذي يعدّ ضرر استاذه
ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع باهل البيت قال قاضيخان واذا شهد
الاجير لاستاذه بشيء اختلف المشايخ في الرواية فيه قالوا ان كان الاجير مشتركا تجوز شهادته في الروايات
كلها وان كان اجيرا وحدا مشاهرة او مياومة لا تقبل شهادته لاستاذه لا في تجارته ولا في شيء لان الاجير الوحد
يستحق الاجر بمضي الزمان فاذا كان يستوجب الاجر لزمان اداء الشهادة كان متهما فيما شهد اما الاجير
المشترك لا يستوجب الاجر الا بالعمل الذي عقدت عليه الاجارة فاذا لم يستوجب بشهادته اجرا انتفت
التهمة عن شهادته ولهذا اجازت شهادة القابلة على الولادة عندشرطها وهي العدالة انتهى ولا شهادة المخنث
الذي يفعل الردي من الافعال وهو المتشبه بالنساء تعمدا لذلك في تزيينه وتكسير اعضائه وتليين كلامه كما هو
صفتهن لكون ذلك معصية روى ابو داود باسناده الى ابن عباس رضه ان النبي عم لعن المخنثين من الرجال
والمترجلات من النساء يعني المتشبهات بالرجال فكيف اذا تشبه بهن فيما هو اقبح من ذلك فاما الذي في كلامه
لين خلقة وفي اعضائه تكسر خلقة فهو عدل مقبول الشهادة والنائحة والمغنية المراد بالنائحة التي تنوح في مصيبة
غيرها واتخذت ذلك مكسبا فقد ارتكبت معصية وهي الغناء لاجل المال فلا يؤمن ان ترتكب شهادة الزور لذلك
وهو اسم عليها من النوح في مدة طويلة ثم بعض متأخري الشارحين نظروا فيه لانه معصية فلا فرق بين كونه
للناس اولا وفي صحيح البخاري قال عليه السلام ليس منا من ضرب الخدود وشق الجيوب ودعى بدعوى
الجاهلية ولا شك ان النياحة ولو في مصيبة نفسها معصية لكن الكلام في ان القاضي لا يقبل شهادتها
لذلك وذلك يحتاج فيه الى الشهرة ليصل الى القاضي ولذا قيد في بعض الكتب بكونها للناس لهذا المعنى واما
اسم مغنية ومغن فانما هو في العرف ايضا لمن كان الغناء حرفته التي يكتسب بها المال غير انه خص المؤنث
به لتوافق لفظ الحديث وهو قوله عليه السلام لعن الله النائحات والمغنيات ومعلوم ان ذلك لوصف التغني
لا لوصف الانوثة ولا للتغني مع الانوثة نعم هو من المرأة افحش لرفع صوتها وهو حرام ونصوا على ان التغني للهو
او لجمع المال حرام بلا خلاف وح كانه قال لا تقبل شهادة من اتخذ التغني صناعة يأكل بها لانه لم يكن ذلك صناعته
واختلف المشايخ في التغني لاسماع نفسه ولدفع الوحشة فمنهم من كان لا يكره انما يكره ما كان على سبيل اللهو
وبه اخذ شمس الائمة السرخسي ومن المشايخ من كره جميع ذلك وبه اخذ شيخ الاسلام فاذا الكلام بشعر على سبيل
الملاهي يكون ممنوعا وان كان مواعظا وحكما للالات نفسها لا لذلك التغني وفي معنى ابن قدامة الملاهي نوعان
الاول محرم وهو الالات المطربة بلا غناء كالمزمار والطنبور ونحوه لما روى ابو امامة انه عليه السلام قال ان الله
بعثني رحمة للعالمين وامرني بمحق المعازف والمزامير والنوع الثاني مباح فهو الدف في النكاح وفي معناه
ما كان من حادث سرور ويكره لما روى عن عمر رضه انه كان اذا سمع صوت الدف بعث ينظر فان كان
في وليمة سكت وان كان في غيره عمد بالدرة واما القراءة بالالحان فاباحها قوم وحظرها قوم والمختار ان كانت الالحان
لا تخرج الحروف عن نظمها وقدر ذواتها فمباح والا فغير مباح الكل من فتح القدير ولا يخفى ان في بعض كلامه نظر سننبه
ان شاء الله تعالى وعدو بسبب دنيا على عدوه لانه لا يؤمن عليه من الكذب ومدمن الشرب على اللهو لانه
ارتكب محرم دينه والمراد به كل من ادمن على شرب شيء من الاشربة المحرمة خمرا كان او غيرها مثل السكر ونقيع
الزبيب والمنصف وشرط الادمان ليظهر ذلك عند الناس لان المتهم بشرب الخمر في بيته مقبول الشهادة

وان كانت

وان كانت كبيرة كذا في العناية وقيد باللهو للاحتراز عن الشرب للتداوي فانه لا تسقط العدالة لان فيه اجتهادا
سائغا كذا في ايضاح ابن كمال والاصح ان شرب الخمر للتداوي حرام كذا في القهستاني ومن يلعب بالطنبور
لانه يورث غفلة وهذا كانه بالخاصية المعروفة بالاستقراء وترد شهادة المغفل لعدم الامن من زيادته
ونقصه كذا ذكره ابن الهمام او بالطنبور قال في الهداية وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور وهو
المغني انتهى فهو مستغنى عنه بقوله او يغني للناس فانه اعم من ان يكون مع آلة اللهو اولا وانما لم يكتف عن ذكره
بما ذكر من المغنية لانها كانت على الاطلاق وهذا يفيد كونه للناس حتى لو كان غناؤه في نفسه لازالة وحشته
لا بأس به عند عامة المشايخ وهو اختيار شمس الائمة السرخسي واختاره صاحب الهداية وعلل بانه يجمع الناس
على ارتكاب كبيرة ومن المشايخ من كره جميع ذلك وبه اخذ شيخ الاسلام خواهرزاده كذا في العناية وقد ذكر
الخلاف ابن الهمام كما نقلنا ثم قال اطلق القدوري حيث قال ولا مغنية ثم قيد فقال بعد ذلك ولا من يغني للناس
فورد انه تكرار ويعلم ذلك بما ذكرنا في قوله مغنية انتهى كلام ابن الهمام وفيه نظر لان تأنيث المغنية على ظاهره
فيكون المراد ولا تقبل شهادة مغنية سواء تغنت لنفسها او للناس لاجل الكسب لان التغني برفع الصوت
من المرأة حرام مطلقا جنس رفع الصوت منها بخلاف الرجل فان التغني منه لدفع الوحشة عن نفسه وان كان
برفع الصوت لا يسقط العدالة ما لم يقصد الاسماع للناس ولذا قيده المصنف ههنا بقوله للناس ويدل
على ما ذكرنا كلام العناية كما لا يخفى على المتأمل قال في المغني الرجل الصالح اذا تغنى بشعر فيه فحش لا تبطل عدالته
وفي الاجناس سئل محمد بن شجاع عن الذي يترنم مع نفسه قال لا يقدح في شهادته وقد نقلهما ابن الهمام
او يلعب بالنرد قمارا ولم يقامر لحديث ابي داود من لعب بالنردشير فقد عصى الله ورسوله ولعب الطاب
مثله لانه يجري ويطرح بلا حساب واعمال فكر وكلما كان كذلك مما احدثه الشيطان وعمله اهل الغفلة فهو
حرام سواء قومر به اولا او يقامر بالشطرنج القمار ان يأخذ من صاحبه شيئا في اللعب او تفوته الصلوة بسببه
اي الشطرنج واختلف في اباحته فعندنا لا يجوز وكذا عند الامام احمد لما روينا فانه قد قيل ان النردشير
هو الشطرنج ولما سيأتي في كتاب الكراهية ان شاء الله تعالى من قوله صلى الله عليه وسلم كل لهو المؤمن باطل
الا الثلاثة تأديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع اهله وعند الشافعي ومالك يباح مع الكراهة
ان تجرد من الحلف والكذب عليه وتأخير صلاة عن وقتها والمقامرة به فلما كان مجتهدا فيه مجردا مساغ
لم تسقط العدالة واما رد شهادة من يلعب على الطريق فلاتيانه الامور المحقرة ولا تقبل شهادة اهل الشعبذة
ذكره ابن الهمام او يرتكب ما يوجب الحد للفسق كالزنا والسرقة واللواطة عندهما ويدخل فيها القذف
قبل الحد فانه كبيرة مسقطة للعدالة وبه يفتى كما في الكبرى لكن يشترط اعلان الكبيرة كما في النظم كذا في القهستاني
ولا تقبل شهادة من يجلس مجالس الفجور والمجانة على الشرب وان لم يشرب لان اختلاطه بهم وتركه الامر
بالمعروف يسقط عدالته وفي الذخيرة والمحيط وكذا الاعانة على المعاصي والحث عليها من جملة الكبائر او ياكل
الربوا لانه حرام بالنص ثم كثيرا اطلقوه وقيده في الاصل بان يكون مشهورا به فقيل لان مطلقه لو اعتبر
مانعا لم يقبل شهادة لان العقود الفاسدة كلها في معنى الربوا وقل من يباشر عقود البياعات ويسلم دائما
منه وقيل لان الربوا ليس بحرام محض لانه يفيد الملك بالقبض كسائر البياعات الفاسدة وان كان
عاصيا مع ذلك فكان ناقصا في كونه كبيرة والمانع في الحقيقة هو ما يكون دليلا على امكان ارتكاب شهادة

الزور وشهادة الزور حرام محض فالدال عليها لابد من كونه كذلك بخلاف اكل مال اليتيم فانه ترد شهادته بمرة
وقيل لانه اذا لم يشتهر به كان الواقع ليس الا تهمة اكل الربوا ولا تسقط العدالة به وهذا اقرب ومرجعه الى ما
ذكر في وجه تقييد شرب الخمر بالادمان واما قوله ليس بحرام محض فلا تعويل عليه فالدال على تجويز شهادة الزور
يكفي كونه مرتكب محظور دينه الا ترى الى ما قال ابو يوسف اذا كان الفاسق وجيها تقبل شهادته لبعد
ان يشهد بالزور لوجاهته على ما تقدم ثم لم يرتض ذلك لانه مخالف لنص قوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ
فتبينوا واما الاول فالربوا المحقق بعقد على الاموال الربوية فيه تفاضل او نسيئة بل اكثر ما كانوا عليه فنزلت
اية الربوا بسبب اقراضهم المقدار كالمائة وغيره باكثر منه الى اجل فان لم يقضه فيه اربى عليه فتزيد الكمية وهذا
هو المتداول في غالب الازمان لا بيع درهم بدرهمين فربما لم يتفق ذلك اصلا او الا قليلا واما اكل مال
اليتيم فلم يقيده احد ونصوا انه بمرة وانت تعلم انه لا بد من الظهور للقاضي لان الكلام فيما يرد به القاضي
الشهادة فكانه بمرة يظهر لانه يحاسب فيعلم انه استنقص من المال والحاصل ان الفسق في نفس الامر مانع
شرعا غير ان القاضي لا يرتب ذلك الا بعد ظهوره له فالكل سواء في ذلك او يدخل الحمام بلا ازار لان كشف
العورة حرام في الذخيرة اذا لم يعرف رجوعه عن ذلك واما ما ذكر الكرخي ان من مشى في الطريق بسراويل
ليس عليه غيره لا تقبل شهادته فليس للحرمة بل لانه يخل بالمروة او يفعل ما يستخف اي بالتي تستخف الناس
فاعلها او الخصلة التي تستخف الفاعل فيبعد ومنه ما لا يليق وعلى هذا المعنى قوله تعالى ولا يستخفنك الذين
لا يوقنون وذلك كالبول والاكل على قارعة الطريق يعني بمرأى الناس ومثل الذي يكشف عورته
يستنجي من جانب بركة والناس حضور وهذا مدَّ رجله عند الناس وكشف رأسه في موضع يعد فعله خفة
وسوء ادب وقلة مروة وحياء لان من يكون كذلك لا يبعد منه ان يشهد بالزور وفي الحديث عنه عليه
السلام ان مما ادرك الناس من كلام النبوة الاولى اذا لم تستحي فاصنع ما شئت وعن الكرخي لو ان شيخا
صارع الاحداث في الجامع لم تقبل شهادته لانه سخف واما اهل الصناعات الدنية كالكساح والزبال
والحائك والحجام فقيل لا تقبل وبه قال الشافعي واحمد في وجه ووجهه بكثرة خلفهم الوعد وكذبهم والصحيح انه
تقبل لانه قد تولاها قوم صالحون فما لم يعلم القادح لا يبنى على ظاهر الصناعة ومثله النخاسون والدلالون
فانهم يكذبون كثيرا زيادة على غيرهم مع حلفهم فلا يقبل الا من علم عدالته منهم وقيل لا تقبل شهادة بائع الاكفان
قال شمس الائمة هذا اذا ترصد لذلك العمل واما اذا كان يبيع الثياب ويشتري منه الاكفان فتقبل لعدم
تمنيه الموت للناس والطاعون وقيل لا تقبل شهادة الصكاكين والصحيح انه تقبل اذا كان غالب احوالهم
الصلاح ورد بعض العلماء شهادة القروي والاعرابي وعامة العلماء تقبل الا لمانع غيره ولا تقبل شهادة
الطفيلي والرقاص والمجازف في كلامه والمسخرة بلا خلاف وفي الحديث للذي يحدث ويكذب كي يضحك
منه الناس ويل له ويل له وقال نصير بن يحيى من يشتم اهله ومماليكه كثيرا في كل ساعة لا تقبل وان كان احيانا
تقبل وكذا الشتام للحيوان كدابته ولا من يحلف في كلامه كثيرا ونحوه وحكي ان الفضيل بن الربيع شهد عند ابي
يوسف فرد شهادته فشكاه الى الخليفة فقال الخليفة ان وزيري رجل دين لا يشهد بالزور فلم رددت شهادته
قال لاني سمعته يوما قال للخليفة انا عبدك فان كان صادقا فلا شهادة للعبد وان كان كاذبا فكذلك
فعذره الخليفة والذي عندي ان رد ابو يوسف شهادته ليس لكذبه لان قول الحر لغيره انا عبدك انما هو مجاز

باعتبار معنى القيام بخدمتك وكوني تحت امرك ممتثلا له على اهانة نفسي في ذلك والمتكلم بالمجاز على اعتبار
الجامع ذو جبة الشبه ليس كذبا محظورا شرعا ولذا وقع المجاز في القرآن فلكن رده لما يدل عليه خصوص هذا المجاز
من اذلال النفس وتملقه لاجل الدنيا فربما يغير هذا الكلام اذا قيل للخليفة فعدل الى اعتذار بامر يقرب منه حافظه
والحاصل ان ترك المروة مسقط للعدالة وقيل في تعريف المروة ان لا يأتي الانسان ما يعتذر منه مما يبخسه عن مرتبته
عند اهل الفضل وقيل السمت الحسن وحفظ اللسان وتجنب السخف والمجون والارتفاع عن كل خلق دني والسخف رقة
العقل وعن ابي يوسف لا تقبل شهادة البخيل وقال مالك ان افرط لانه يؤديه الى منع الحقوق الكل من فتح القدير
قال الزيلعي وفي النهاية شهادة البخيل لا تقبل فالظاهر انه اراد به من يبخل بالواجبات كالزكوة ونفقة الزوجات
والاقارب انتهى كذا في حاشية الاكمل لسعدي جلبي او يظهر سب السلف يعني الصالحين منهم وهم الصحابة
والتابعون والعلماء المجتهدون كابي حنيفة واصحابه نص ابو يوسف على عدم قبوله قال لانه اذا اظهر سب واحد
من المسلمين تسقط عدالته فاذا اظهر في واحد من الصحابة كيف يكون مقبولا وقيد بالاظهار لانه لو اعتقده ولم يظهره
فهو على عدالته تقبل شهادته ولذا قال ابو يوسف من رواية ابن سماعة لا اقبل شهادة من يشتم اصحاب رسول
الله عليه السلام واقبل شهادة من يتبرأ منهم لان اظهار الشتيمة مجون وسفه لا يأتي به الا الاوضاع والاسقاط
وشهادة السخيف لا تقبل فلا كذلك المتبري لانه يعتقد دينا مرضيا عند الله وان كان على باطل فلم يظهر فسقه والحاصل
انه من اهل الاهواء وشهادة اهل الاهواء جائزة وتقبل الشهادة للاخ والعم وقيل بلا خلاف لكن ذكر شمس الائمة في
شرح ادب القاضي من السلف من قال لا تقبل شهادة الاخ لاخيه ولا شك في ضعف التهمة فيه لان بسوطته ليس
منطنة مرعية للالف بل كثيرا ما يكون منهم العداوة والبغضاء ولذا كل قرابة غير الولاد كالخال والخالة وغيرها كالاخ
تقبل فيه الشهادة ومحرم رضاعا لانه لا جزئية بينهما فانتفت التهمة او مصاهرة كام امرأته وبنتها من غيره وزوج
ابنته وابنها لان الاملاك بينهم متميزة والايدي متميزة ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض فلا تتحقق التهمة بخلاف
شهادته لقرابته ولادا وشهادة احد الزوجين للاخر وتقبل شهادة اهل الاهواء الهوى ميلان النفس الى ما
يستلذ به من الشهوات من غير داعية الشرع واهل الاهواء اهل القبلة الذين لا يكون معتقدهم معتقد اهل
السنة واصول هوائهم ستة فرق الخارجية المكفرون للختنين وطلحة والزبير وعائشة ومعاوية رضي الله عنهم والرافضة
الملعونون اللاعنون على الصهرين وغيرهما من الاخيار عليهم رضوان الله الى يوم القرار والقدرية النافون للقضاء والقدر
عنه تعالى والجبرية النافون لقدرة العبد والمعطلة القائلون بخلو الذات عن الصفات والمرجئة النافون لضرر الذنب
مع الايمان ثم صار كل فرقة اثنتي عشر فهم اثنان وسبعون فريقا كلهم في النار الا من انقذهم التوحيد كما في التلويح
وغيره من شروح الهداية فيما قال انهم بهذه الاعتقادات صاروا فاسقين فكيف تقبل شهادتهم مطلقا لانا نقول لا نسلم
انهم فاسقون فان الفسق لا يطلق على فعل القلب كما في الكرماني ثم كل من كفر منهم كالمجسمة وغلاة الروافض القائلين بخلق
القرآن لا تقبل شهادتهم على المسلمين كما في المشارع كذا في القهستاني وانما ستروا بذلك لمتابعتهم النفس في
دمجالفتهم السنة فعندنا تقبل شهادة بعضهم على البعض وعلى اهل السنة الا الخطابية وهم طائفة من غلاة
من الروافض ينسبون الى ابي الخطاب وهو محمد بن ابي وهب الاجدع الكوفي وخرج ابو الخطاب بالكوفة
وحارب عيسى بن موسى بن علي بن عبد الله بن عباس فقتله عيسى بن موسى وصلبه بالكناسة الذي كان
يزعم ان عليا الاله الاكبر وجعفر الصادق الاله الاصغر وقيل هم قوم منهم يعتقدون ان من ادعى منهم شيئا

على غيره يجب ان يشهد له بقبيه شيعته بذلك وقيل لكل من حلف عندهم فردت شهادتهم لانهم كافرون ان كانوا
كما قيل اولا ولتمكن التهمة في شهادتهم ان كانوا كما قيل ثانيا وثالثا وما نقله صاحب الهداية من خلاف الشافعي
هو قول مالك وابي حامد من اصحابه فعيبه واما قول الشافعي فكقولنا بلا اختلاف ووجه قول مالك ان البدعة
في الاعتقاد من اعظم الفسوق فوجب رد شهادتهم بالآية ولنا ان صاحب الهوى مسلم غير متهم بالكذب
لتدينه بتحريمه حتى انه ربما يكفر به كالخوارج فهو لعدم التهمة به واما الآية فانها مخصوصة بالفسق من حيث الاعتقاد
مع الاسلام فكان المراد منها الفسق الفعلي ولذا قال محمد بقبول شهادة الخوارج اذا اعتقدوا ولم يقاتلوا
فاذا قاتلوا ردت شهادتهم لاظهار الفسق بالفعل والدليل على التخصيص اتفاقنا على قبول روايتهم للحديث كذا
في فتح القدير وتقبل شهادة الذمي على مثله قيد به ليخرج شهادتهم على المسلم فلا تقبل شهادته على المسلم ولا شهادة
الكاذب منه على احد اذ الكذب حرام في جميع الاديان كما في الهداية كذا في القهستاني وان اختلفا ملة كاليهودي
والنصارى وقال ابن ابي ليلى ان اتفقت مللهم قبلت لقوله عليه السلام لا شهادة لاهل ملة على اهل ملة اخرى
الا المسلمين فشهادتهم مقبولة على اهل الاديان كلها والجواب انه مخالف لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم
اولياء بعض والمراد به الولاية دون الموالاة فانه معطوف على قوله ما لكم من ولايتهم من شيء والعطف قرينة يراعى
به تناسب المعاني وقال مالك والشافعي لا تقبل اصلا لانه فاسق قال الله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا
وصار كالمرتد ولا تقبل شهادة المرتد لجنسه بخلاف جنسه ولنا ما روي ان النبي عليه السلام اجاز شهادة النصارى
بعضهم على بعض ولان الذمي من اهل الولاية على نفسه واولاده الصغار فله اهلية الشهادة على جنسه كالمسلمين
والفسق مانع اما من حيث تعاطي محرم الدين او من حيث الاعتقاد والثاني ممنوع والاول مسلم لكن فسق
الكفر ليس من بابه فان الكافر يجتنب محرم دينه والكل متفقون على ان الكذب على كل احد محظور اذ هو محظور في
الاديان كلها بخلاف المرتد فانه لا ولاية له على نفسه وعلى اولاده وتقبل شهادة الذمي على المستأمن وان كانا
من دارين مختلفين لان الذمي اعلى حالا منه لانه اقرب الى الاسلام ولهذا يقتل المسلم بالذمي عندنا دون المستأمن
فصار كشهادة المسلم تقبل على الذمي والمستأمن دون عكسه يعني لا تقبل شهادة المستأمن على الذمي لان
المستأمن لا ولاية له على الذمي لكونه من اهل دارنا والمستأمن من اهل دار الحرب واختلاف الدارين حكما
يقطع الولاية وتقبل شهادة المستأمن على مثله ان كانا من دار واحدة فان كانوا من دارين كالروم والترك لا تقبل
لان اختلاف الدارين يقطع الولاية ولهذا يمتنع التوارث كذا في الهداية وعلى عدو من عدو له اي فرح بحزنه
وحزن بفرحه وقيل انه يعرف بالعرف كما في خزانة المفتين بسبب الدين اي بامر ديني لانه لا يكذب لدينه كاهل
الاهواء كما في الاختيار ثم اشار الى تعريف العدل المعتبر في وجوب قبول الشهادة على القول الصحيح كما
في الكافي وغيره فقال ومن الم بصغيرة اي اذنب بها بلا اصرار ان اجتنب الكبائر اي كل فرد من افراد الكبائر
كما في اكثر الكتب لكن في قضاء الخلاصة المختار اجتناب الاصرار على الكبائر فلو ارتكب كبيرة مرات قبل شهادته
واختلفوا في الكبيرة والاصح انه ما كان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الدين كالاعانة على المعصية وضرب
المزامير والطنابير كما في الخلاصة والمحيط والذخيرة والكافي والمضمرات والكفاية وغيرها من الكتب المعتبرة كذا في
القهستاني وغلب صوابه الى هذا هو معنى المروي عن ابي يوسف في حد العدالة وهو احسن ما قيل وفيه هو
حيث لم يتعرض لامر المروة بل اقتصر على ما يتعلق بالمعاصي والمروي عن ابي يوسف هو قوله ان لا ياتي بكبيرة ولا يصر

على صغيرة

على صغيرة ويكون ستره اكثر من هتكه وصوابه اكثر من خطائه ومروته ظاهرة ويستعمل الصدق ويجتنب
الكذب ديانة ومروة هكذا نقله عنه القاضي ابو حازم حين سأله عبيد الله بن سليمان وزير المعتضد عن
العدالة فقال له احسن ما نقل في هذا الباب ما روي عن ابي يوسف يعقوب بن ابراهيم الانصاري
القاضي ثم ذكر ذلك وكان يكفيه الى قوله ومروته ظاهرة ولا بأس بذكر افراد نص عليها منها ترك الصلوة بالجماعة
بعد كون الامام لا طعن عليه في دين ولا حال وان كان متأولا في تركها كان يكون معتقدا فضيلة اول الوقت
والامام يؤخر الصلوة او غير ذلك لا تسقط عدالته بالترك وكذا بترك الجمعة من غير عذر فمنهم من اسقطها بمرة
واحدة كالحلواني ومنهم من شرط ثلاث مرات كالسرخسي والاول اوجه وذكر الاسبيجابي من اكل فوق
الشبع سقطت عدالته عند الاكثر ولا بد من كونه من غير ارادة التقوي على صوم الغد او مؤانسة الضيف
وكذا من خرج لرؤية السلطان او الامير عند قدومه وذكر الخصاف ان ركوب البحر للتجارة او التفرج يسقط
العدالة وكذا التجارة الى ارض الكفار وقرى فارس ونحوها لانه مخاطر بدينه ونفسه لنيل المال فلا يؤمن ان يكذب
لاجل المال كذا في فتح القدير والذي اخر الفرض بعد وجوبه ان كان له وقت معين كالصوم والصلوة بطلت عدالته
الا ان يكون التأخير بعذر وان لم يكن له وقت معين كالزكوة والحج ذكر الناطفي رواية هشام عن محمد انه لا تبطل
عدالته وبه اخذ محمد بن مقاتل وقال بعضهم اذا اخر الزكوة والحج بغير عذر بطلت عدالته وبه اخذ الفقيه ابو الليث
وعن ابي يوسف في الامالي ان الحج يكون على الفور والصحيح ان تأخير الزكوة لا يبطل العدالة وان ترك الجمعة ثلاث
مرات يصير فاسقا وبه اخذ شمس الائمة السرخسي وذكر في بعض المواضع انه يبطل العدالة ولم يقدر ولم يذكر العدد
وبه اخذ شمس الائمة الحلواني وعليه الفتوى وهذا اذا تركها مجانة ورغبة عنها من غير عذر اما اذا تركها لمرض او لبعد
مسافة او تأويل بان كان يفسق الامام او يضلله لا تبطل عدالته وان ترك الصلوة بالجماعة ولم يستعظم ذلك
كما يفعل العوام بطلت عدالته وان تركها متأولا بان كان يضلل الامام او يفسق لا تبطل عدالته كذا في قاضي خان
ولا تقبل شهادة الاقلف نص عليه الخصاف قال لا يجوز صلوته وامامته الا اذا تركه على وجه الرغبة عن السنة لا خوفا
عن الهلاك وكل من يراه واجبا يبطل به شهادته وعندنا هو سنة لما روي عنه عليه السلام انه قال الختان للرجال سنة
وللنساء مكرمة وترك السنة لا يخل بالعدالة الا اذا تركها استخفافا بالدين فانه لا يبقى حينئذ عدلا بل مسلما ولا
من لم يختتن فابو حنيفة لم يقدر له وقتا معينا اذ المقادير بالشرع ولم يرد في ذلك نص ولا اجماع والمتأخرون بعضهم
قدروه من سبع سنين الى العشرة وبعضهم اليوم السابع من ولادته او بعده لما روي ان الحسن والحسين اختتنا اليوم
السابع او بعد السابع لكنه شاذ والخصي وهو منزوع الخصية فانه ان كان عدلا لا مانع فيه لان حاصل امره
انه مظلوم نعم لو كان ارتضاه لنفسه وفعله مختارا امتنع وقد قبل عمر شهادة علقمة الخصي على قدامة بن مظعون
وولد الزنا تقبل شهادته عندنا في الزنا وغيره لان فسق الابوين لا يبرئه على كفرهما وكفرهما غير مانع لشهادة
الابن ففسقهما اولى وقد قال تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى وقال مالك لا تقبل شهادته في الزنا لانه يحب
ان يكون غيره كمثله فيتهم قلنا الكلام في العدل وحبه ذلك بقلبه ليس بقادح لانه غير مؤاخذ به ما لم يتحدث سلمنا
لكن لا نسلم ان العدل يختار ذلك او يستحبه والخنثى يعني وشهادة الخنثى المشكل جائزة لانه رجل او امرأة
وشهادة الجنسين مقبولة وليشهد مع رجل وامرأة للاحتياط فلو شهد مع رجل واحد او امرأة واحدة لا تقبل
الا اذا زال الاشكال بظهور ما يحكم به بانه رجل او امرأة فيعمل بمقتضاه وينبغي ان لا تقبل شهادته في حدود

والقصاص كالمخنث لاحتمال ان يكون امرأة والعمال اى وشهادة العمال جائزة والمراد عمال السلطان لان العمل نفسه ليس بفسق لانه معين للخليفة على قامة الحق وجباية المال الواجب ولو كان فسقا لم يله ابو هريرة وابو موسى الاشعرى لعمر وكثير وهذا احسن مما قيل لو كان فسقا لم يله ابو بكر وعمر وعثمان لان هؤلاء خلفاء والعمال فى العرف من يوليه الخليفة عملا يكون نائبه فيه وكان الغالب فيهم العدالة فى ذلك الزمان فتقبل ما لم يظهر منه الظلم كالحجاج فلو كانوا اعوان السلطان معينين على الظلم فانه لا تقبل شهادتهم وقيل اراد ما روى عن ابى يوسف فى الفاسق الوجيه وعلمت ما فيه ورد شهادة الوزير لقوله للخليفة انا عبدك وقيل اراد بالعمال الذين يعملون ويواجرون انفسهم للعمل لان من الناس من رد شهادة اهل الصناعات الخسيسة فاذ بهذه المسئلة لاظهار مخالفتهم وكيف لا وكسبهم اطيب المكاسب قال عليه السلام افضل الناس عند الله من ياكل من كسب يده فانه يوجب جرحا وذكر الصدر الشهيد ان شهادة الرئيس لا تقبل وكذا الجابى والصراف الذى يجمع عنده الدراهم ويأخذها طوعا لا تقبل وقد مر عن البزدوى ان القائم بتوزيع هذه النوائب السلطانية والجبايات بالعدل بين المسلمين ماجور وان كان اصله عن ظلم فعلى هذا تقبل شهادته والمراد بالرئيس رئيس القرية ومثله المعروفون فى المراكب والعرفاء فى جميع الاصناف وضمان الجهات لانهم كلهم اعوان على الظلم كذا فى شروح الهداية هذا لو كانوا فى زمانهم واما فى زماننا فلا تقبل شهادة العامل لغلبة ظلمهم كما فى الكافى والصحيح انهم ان كانوا عدولا تقبل والا فلا كذا فى القهستانى والمعتق لمعتقه يعنى تقبل شهادة المولى الاعلى للاسفل وبالعكس وقد ثبت ان قنبرا شهد لعلى عند شريح فقبل شهادته وكان عتيق على رضى الله عنه روى ان عليا كرم الله وجهه تحاكم الى شريح مع يهودى فى درعه وقال درعى عرفتها مع هذا اليهودى فقال شريح لليهودى ما تقول فقال درعى وفى يدى فطلب من على شاهدين فدعا مولاه قنبرا وابنه الحسن فشهدا له فقال شريح اما شهادة مولاك فقد اجزتها لك واما شهادة الحسن فلا اجيزها لك فسلم الدرع الى اليهودى فقال اليهودى امير المؤمنين مشى معى الى القاضى فقضى عليه فرضى به صدق والله انه لدرعه ثم قال اشهد ان لا اله الا الله وان محمدا رسول الله فقال على هذا الدرع لك وهذا الفرس لك وكان معه حتى قتل يوم صفين والمعتبر فى قبول الشهادة حال الشاهد وقت الاداء لا حال التحمل لان التحمل بها والالزام حالة الاداء فيعتبر الاهلية والولاية عنده فلو تحملها العبد لمولاه او احد الزوجين للآخر فاداها بعد العتق والبينونة قبلت وكذا لو تحملها وهو عبد او صبى او كافر فاداها بعد زوال هذه العوارض قبلت لانه لا مانع حين الاداء كذا فى الاختيار فروع اذا شهد الاجير لاستاذه وهو اجير شهر فلم يرد شهادته ولم يعدل حتى مضى الشهر ثم عدل لم تقبل شهادته لان شهادته لم تكن مقبولة لكن لو شهد لامرأته ثم طلقها قبل التعديل لا تقبل شهادته وان شهد ولم يكن اجيرا ثم صار اجيرا قبل القضاء بطلت شهادته لان قيام الشهادة الى وقت القضاء شرط لجواز القضاء وهو كما لو شهد وهو عدل ففسق قبل القضاء ولو ان القاضى لم يرد شهادته وهو غير اجير ثم صار اجيرا ثم مضت مدة الاجارة لا يقضى بتلك الشهادة وان لم يكن اجيرا عند الشهادة ولا عند القضاء لان اعتراض الاجارة على الشهادة ابطل الشهادة ولو ان القاضى لم يبطل شهادته ولم يقبل واعاد الشهادة بعد انقضاء مدة الاجارة جازت شهادته الثانية وهو كما لو شهد لامرأته فلم يرد القاضى شهادته حتى ابانها ثم اعاد الشهادة جازت شهادته فان كان القاضى رد شهادته الاولى لامرأته ثم اعادها بعد البينونة لا تقبل شهادته لان شهادته ردت فى هذه الحادثة وكل شهادة ردت فى حادثة لا تقبل بعد ذلك ابدا وكذلك فى مسئلة الاجير كذا فى قاضى خان ولو شهدا ان اباهما الغائب وكله بقبض

ديونه

ديونه بالكوفة مثلا لا تقبل شهادتهما وان للوصل اى ولو ادعاه الوكيل ذلك لان القاضى لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت انما يثبت بشهادتهما وهى غير موجبة لمكان التهمة ولو شهد دينا ميتا انه اى الميت اوصى الى زيد وهو اى زيد يدعيه قبلت شهادتهما وكذا لو شهد مديوناه او شهد من اوصى الميت لهما او شهد وصيان والقياس ان لا يجوز هذه الشهادات لان شهادة هؤلاء تتضمن جلب نفع للشاهد اما الوارثان لقصدهما نصب من يتصرف لهما ويقوم باحياء حقوقهما والدائنان والموصى لهما لوجود من يستوفيان منه والمديونان لوجود من يبرآن بالدفع اليه والوصيان من يعينهما فى التصرف فى المال والمطالبة وكل شهادة جرت نفعا لا تقبل وجه الاستحسان انا لم نوجب بهذه الشهادة على القاضى شيئا لم يكن واجبا عليه بل انما اعتبرناها على وزان القرعة لا يثبت بها شىء ويجوز استعمالها لفائدة غير الاثبات كما جاز استعمالها لتطييب القلب فى السفر باحد نسائه ولدفع التهمة عن القاضى فى تعيين الانصباء فكذا هذه الشهادة فى هذه الصور لم تثبت شيئا وانما اعتبرناها لفائدة اسقاط تعيين الوصى عن القاضى فان للقاضى ولاية اذا ثبت الموت ولا وصى ان ينصب وصيا فلما شهد هؤلاء بوصاية هذا الرجل فقد رضوه واعترفوا له بالاهلية الصالحة لذلك فكفى القاضى بذلك مؤنة التفتيش على الصالح وعين هذا الرجل فملك الولاية لا بولايتها وجعلها الشهادة المذكورة وكذلك وصيا الميت لو شهدا ان الميت اوصى الى هذا الثالث يعنى اعترفا بعجز شرعى منهما عن التصرف الا ان يكون هو معهما او بعجز علمه الميت منهما حتى ادخله معهما فينصب القاضى الآخر وفى الصور كلها ثبوت الموت شرط لان القاضى لا يملك نصب وصى قبل الموت الا فى شهادة المديونين فانه لا يشترط فى اثبات ذلك الوصى الذى شهدا له ثبوت الموت لانهما مقران على انفسهما بثبوت حق قبض الدين لهذا الرجل فضررهما فى ذلك اكثر من نفعهما فتقبل شهادتهما بالوصية والموت جميعا كذا فى شروح الهداية ويجوز شهادة رب الدين لمديونه بما هو من جنس دينه كما ذكر فى الجامع ولو شهد لمديونه بعد موته بمال لم تقبل لان الدين لا يتعلق بمال المديون فى حيوته ويتعلق بعد وفاته كذا فى قاضى خان ولا تقبل الشهادة على جرح مجرد عن حق الشرع والعبد فان كان متضمنا احدهما قبلت الشهادة وحكم بها سمى الاول مجردا لتجرده عما يدخل تحت الحكم فينبغى ان يسمى الثانى مركبا لكون الجرح فيه مما يدخل تحت حكم الحاكم بحق الشرع او العبد وهو اى الجرح المجرد ما يفسق به اى ينسب الجارح به الشاهد المدعى الى الفسق من غير ايجاب حق عليه للشرع كوجوب الحد او حق للعبد كوجوب المال فلو اوجبه لقبلت كما سيأتى نحو قول الجارح هو اى الشاهد فاسق او اكل ربوا او شارب خمر او زان فى وقت او مقر بانه شاهد زور او ان المدعى مبطل فى هذه الدعوى او انه اى المدعى استاجرهم اى الشهود لهذا الاداء ففى هذه الوجوه لا تقبل ولا يسمعها القاضى لوجهين احدهما قيل وعليه الاعتماد ان فى الجرح المفرد هتك السر وهو اظهار الفاحشة وهو حرام بالنص قال تعالى ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة فى الذين آمنوا لهم عذاب اليم فكان الشاهد فاسقا بهتك واجب الستر وتعاطى اظهار الحرام فلا يسمعها الحاكم فان قيل ما بالهم لم يجعلوا معدلين فى العلانية فيسمع منهم الجرح المفرد اجيب بان من شرط ذلك فى زماننا ان يقول لا اعلم من حاله او يعلم القاضى بذلك سرا اذا ساله القاضى تفاديا عن التعادى واحترازا عن اظهار الفاحشة وليس فيما نحن فيه ذلك وضم الاستيجار الى الجرح المجرد ليس بخروج له عن ذلك لانه من حقوق العباد فيحتاج الى خصم يحكم له الحاكم والخصم فى اثباته لان المدعى عليه ليس نائبا عنه فى اثبات حقه هذا بل اجنبى عنه والثانى ان الشهادة انما تسمع للحكم فلا بد من كون المشهود به

مما يدخل تحت الحكم والفسق مما لا يدخل تحت الحكم والالزام اذ ليس في وسع القاضي الزام الفسق للمقضي عليه لتمكنه
من دفعه بالتوبة كذا في شروح الهداية ثم هذا لا يختلف بكونه قبل اقامة البينة على العدالة وكونه بعدها فان قلت
اليس الخبر عن فسق الشهود قبل اقامة البينة على عدالتهم يمنع القاضي عن قبول شهادتهم والحكم بها قلت نعم
ذلك للطعن عن عدالتهم لا للثبوت امر يسقطهم عن حيز القبول ولذلك لو عدلوا بعد هذا تقبل شهادتهم ولو
كانت الشهادة على فسقهم مقبولة لسقطوا عن حيز الشهادة ولم يبق لهم مجال التعديل كذا في ايضاح ابن كمال
ثم اشار المص الى ان الجرح اذا لم يكن مجردا بل يتضمن اثبات حق للشرع او للعبد تقبل الشهادة عليه بقوله وتقبل
اي الشهادة على اقرار المدعي بفسقهم اي بفسق شهوده لان غيرهم اشاع الفاحشة ثم حكوا عنه والاقرار مما
يدخل تحت الحكم وعلى انهم عبيد لان فيها اثبات حق يدخل تحت الحكم من غير اشاعة فاحشة وهذا لانها تثبت الرق
وهو ضعف حكمي اثره في سلب الولاية وهو حق الله تعالى وموضع تحقيقه علم اصول الفقه او على انهم محدودون في قذف
لانها تتعلق بها حكم وهو كمال الحد برد شهادته وهو حق الله تعالى وكذلك حد الشرب وحد القذف والسرقة او على انهم
شاربوا خمر ولم يتقادم او سارقون مني كذا او زانوا النسوة بلا تقادم او انهم قذفة لفلان وهو يدعيه او
انهم شركاء المدعي اذ ليس فيه اظهار الفاحشة فتقبل فيصير الشركة كالمعاينة والمراد انه شريك مفاوض فيما
حصل من هذا الباطل يكون له فيه منفعة لان يريد انه شريكه في المدعى به والا كان اقرارا بان المدعى به لهما او على انه اي
المدعي استاجرهم لها اي للشهادة بكذا او اعطاهم ذلك مما كان لي عنده اي عند المدعي او على اني صالحتهم اي
صالحت الشهود ولعل المراد بصالحت اعطيت الرشوة لدفع ظلمه والا فلا صلح بالمعنى الشرعي بينهما بكذا من المال
ودفعته اليهم على ان لا يشهدوا علي بهذا الزور فشهدوا وطالبهم برد المال بخلاف ما اذا قال ذلك ولم يقل
دفعته اليهم فانه جرح مجرد غير مسموع فالحاصل ان في كل ما يشهدون به على اقرار المدعي بما ينسبه الى شهوده
من فسقهم ونحوه ليس فيه اشاعة منهم بل اخبار عن اخبار المدعي عنهم بذلك فيصح كما لو سمع منه ذلك وذلك
منه اعتراف ببطلان حقه والانسان مؤاخذ بزعمه في حق نفسه كذا الا ان شهادتهم انهم محدودون
انما هي منسوبة الى قضاء القاضي او شهادة القذف كذا في شروح الهداية وقال الخصاف واسباب الجرح كثيرة
منها الركوب في البحر والتجارة الى ارض الكفار وفي قرى فارس وما اشبهه لانه خاطر بدينه ونفسه حيث سكن
دار الحرب وكثر سوادهم ليتبين لهم بذلك مالا فلا يؤمن ان يكذب باخذ المال وقرى فارس يطعمونهم الربوا
وهم يعلمون كذا في الاختيار ومن شهد ولم يبرح حتى قال يعني من شهد ثم قال اوهمت بعض شهادتي
اي اخطأت لنسيان عراني بزيادة باطلة بان كان شهد بالف فقال انما هي خمسمائة او بنقص بان شهد
بخمسمائة فقال اوهمت انما هي الف قبل ان كان عدلا اي ثابت العدالة عند القاضي والا سأل عنه فعدل وقال
فخر الاسلام اوهمت اي اخطأت بنسيان ما يحق علي ذكره او بزيادة كانت باطلة يعني تركت ما يجب علي
او اتيت بما لا يجوز لي وتفصيل هذه المسئلة ان الشاهد اما ان يقول ذلك في مجلس القضاء او بعد ما قام عنه ثم
عاد اليه وعلى كل حال من التقديرين اما ان يكون عدلا او غيره والمتدارك اما ان يكون موضع شبهة التلبيس والتغرير
من احد الخصمين اولا فان كان غير عدل ردت شهادته مطلقا اي سواء قاله في المجلس او بعده في موضع الشبهة
او غيره وان كان عدلا قبلت شهادته في غير موضع الشبهة مثل ان يدع لفظ الشهادة وما يجري مجراه مثل
ان يترك ذكر اسم المدعي او المدعى عليه او الاشارة الى احدهما سواء كان في مجلس القضاء او غيره وتدارك

ترك

ترك لفظ الشهادة انما يتصور قبل القضاء اذ من شرط القضاء ان يتكلم الشاهد بلفظ اشهد والمشروط
لا يتحقق بدون الشرط واما اذا كان في موضع شبهة التلبيس كما اذا شهد بالف ثم قال غلطت بل هي خمسمائة او
بالعكس فانها تقبل اذا قال في المجلس جميع ما شهد اولا عند بعض المشايخ لان المشهود له استحق القضاء
على القاضي بشهادته ووجب قضاؤه فلا يسقط ذلك بقوله اوهمت في الباقي او زاد وعند آخرين لان
الحادث بعد الشهادة من العدل في المجلس كالمقرون باصلها واليه مال شمس الائمة السرخسي وههنا التدارك
يمكن ان يكون قبل القضاء بتلك الشهادة وبعدها قال صاحب الهداية ووجهه ان الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة
مجلس القضاء فكان العذر واضحا فيقبل اذا تداركه في اوانه وهو قبل البراح من المجلس وهو عدل قلنا بعد
ما قام عن المجلس لم يقبل لانه يوهم الزيادة من المدعي باطماع الشاهد بحطام الدنيا والنقصان من المدعى عليه
بمثل ذلك فوجب الاحتياط وعلى اعتبار المجلس في دعوى التوهم ما اذا وقع الغلط في بعض فذكر الشرقي مكان الغربي
او بالعكس او في بعض النسب كان ذكر محمد بن احمد بن عمر بدل محمد بن عمر مثلا فان تداركه قبل البراح عن المجلس
قبلت والا فلا وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه يقبل قوله في غير المجلس ايضا في جميع ذلك لان فرض عدالته
ينفي توهم التلبيس والتغرير والظاهر ما ذكرناه اولا من تقييد ما فيه شبهة التغرير في المجلس كذا في العناية فروع
وعن ابي حنيفة اذا شهدا عند القاضي بشهادة ثم زادا فيها قبل ان يقضي القاضي او بعدما قضى او قالا اوهمنا وهما غير متهمين
قبل القاضي ذلك منهما ذكره الناطفي في الواقعات ولو قال الشاهد تعمدت ولم اغلط ثم بدا لي فرجعت كان رجوعا
عن شهادته والفتوى على ما ذكر في البحر عن ابي حنيفة واما تقييد المطلق وتعيين المحتمل يصح من الشهود وان كان
ذلك بعد الافتراق كذا في قاضي خان وقف وقفا على مكتب وعلى معلمه فغصب فشهد رجال من اهل القرية ان
وقف فلان على مكتب كذا وليس للشهود اولاد في المكتب قبلت فان كان لهم فيه اولاد فالاصح انه يجوز
ايضا وكذا لو شهد اهل المحلة للمسجد بشيء وكذا شهادة الفقهاء على وقف وقف على مدرسة كذا وهم من اهلها
تقبل وكذا اذا شهدوا ان هذا المصحف وقف على هذا المسجد ولو شهدوا انه اوصى لفقراء جيرانه
وللشهود اولاد محتاجون في جوار الموصي قال محمد لا تقبل للابن وتقبل للباقين وفي الوقف على فقراء جيرانه
كذلك وفي وقف هلال قال تقبل شهادة الجيران على الوقف وكذا ذكر الخصاف في اوقافه فيمن شهد على
انه جعلها صدقة موقوفة على فقراء جيرانه وعلى فقراء المسلمين وهم من فقراء الجيران قال يجوز الشهادة لان
فقراء الجيران ليسوا قوما مخصوصين الا ترى انا ننظر الى فقراء المجاورين يوم يقسم الغلة فمن انتقل منهم
من جواره لم يكن له في الغلة حق الا ترى ان رجلين فقيرين من اهل الكوفة لو شهدا انه جعل ارضه صدقة
موقوفة على فقراء اهل الكوفة ان الشهادة جائزة فان الواقف ليس لهما باعيانهما خاصة الا ترى ان
والي الوقف لو اعطى الغلة غيرهما من فقراء الكوفة كان جائزا وكذلك كل شهادة لا تكون خاصة وانما هي عامة
مثل اهل بغداد واهل البصرة ونحو ذلك ان الشهادة جائزة ولو شهد بعض اهل القرية على بعض اهل القرية
بزيادة الخراج لا تقبل وان كان خراج كل ارض معينا او لا خراج للشاهد تقبل وكذا اهل قرية شهدوا على
ضيعة انها من قريتهم لا تقبل وكذا اهل سكة يشهدون بشيء من مصالح السكة ان كانت السكة غير نافذة
لا تقبل وفي النافذة ان طلب حقا لنفسه لا تقبل وان قال لا آخذ شيئا تقبل وكذا في وقف المدرسة هذا في
فتاوى النسفي كذا في فتح القدير **باب الاختلاف** في الشهادة تأخير اختلافها عن اتفاقها مما يقتضيه الطبع لكون

الاتفاق اصل والاختلاف انما هو بعارض الجهل والكذب فاخره وضعاً للتناسب وقد عرفت معنى الشهادة
فاعلم ان الدعوى هي مطالبة حق في مجلس من له التخليص عند ثبوته وموافقتها الشهادة هو ان يتحدا نوعا وكما وكيفا
وزمانا ومكانا وفعلا وانفعالا ووصفا ونسبة وملكا فانه اذا ادعى على آخر عشرة دنانير وشهدا الشاهد بعشرة
دراهم او ادعى عشرة دراهم وشهد بثلاثين او ادعى سرقة ثوب احمر وشهد بابيض او ادعى انه قتل وليه
يوم النحر بكوفة وشهد بذلك يوم الفطر بالبصرة او ادعى شق زقه واتلاف ما فيه وشهد بانشقاقه عنده
او ادعى عقارا بالجانب الشرقي من ملك فلان وشهد بالغربي منه او ادعى انه ملكه وشهدا انه ملك ولده
او ادعى انه عبده ولدته الجارية الفلانية وشهد بولادة غيرها لم تكن الشهادة موافقة للدعوى واما الموافقة
بين لفظيهما فليست بشرط الا ترى ان المدعي يقول ادعى على غريمي هذا والشاهد يقول استشهد بذلك
شرط موافقة الشهادة على الدعوى يعني معنى فاستدل صاحب الهداية ذلك بان تقدم الدعوى في حقوق
العباد شرط قبول الشهادة لانها لاثبات حقه فلا بد من طلبه وهو الدعوى وقد وجدت الدعوى فيما يوافق
الشهادة فوجد شرط قبولها فتقبل وانعدمت فيما يخالفها لانها لما لم توافقها صارت الدعوى بشيء آخر
وشرط القبول الدعوى بما به الشهادة وانما الاشتراط بحقوق العباد احترازا عن حقوق الله تعالى فان
دعوى مدع خاص غير الشاهد ليس شرطا لقبول الشهادة فيها لانه حقه تعالى واجب على كل احد القيام في
اثباته وذلك الشاهد من جملة من عليه ذلك فكان قائما في الخصومة من الوجوب عليه وشاهدا من جهة تحمله ذلك
فلم يحتج فيها الى خصم آخر واعلم ان ليس المراد من الموافقة المطابقة بل اما المطابقة او كون المشهود به اقل
من المدعى به بخلاف ما اذا كان اكثر من الاقل ما لو ادعى نكاح امراة بسبب انه تزوجها بمهر كذا فشهدوا انها
منكوحة بلا زيادة تقبل ويقضى بمهر المثل ان كان قدر ما سماه او اقل فان زاد عليه لا يقضى بالزيادة كذا في غير
نسخة من الخلاصة والظاهر انه انما يستقيم اذا كانت هي المدعية ومنه ما اذا ادعى ملكا مطلقا او بالنتاج او
فشهدوا في الاول بالملك بسبب وفي الثاني بالملك المطلق قبلتا لان الملك بسبب اقل من المطلق لانه يفيد
الاولية على الاحتمال والنتاج على اليقين وفي عكسه وهو دعوى المطلق فشهدوا بالنتاج لا تقبل ومن الاكثر
ما لو ادعى الملك بسبب فشهدوا بالمطلق لا تقبل الا اذا كان السبب الارث لان دعوى الارث كدعوى
المطلق هذا هو المشهور وقيده في الاقضية بما اذا نسبه الى معروف سماه ونسبه اما لو جهله فقال اشتريته
او قال من رجل او زيد وهو غير معروف فشهدوا بالمطلق قبلت فهي خلافية ذكر الخلاف في القبول رشيد
الدين وعن هذا اختلفوا فيما اذا تحمل الشهادة على ملك بسبب واراد ان يشهد بالمطلق لم يذكر في شيء
من الكتب واختلف المشايخ فيه والاصح لا يحل له كذا في فتح القدير فلو ادعى دارا شراء وارثا وشهدا بملك
مطلق ردت لاختلافهما معنى لما مر آنفا ان الملك بسبب اقل من المطلق فلا تسمع الزيادة وفي عكسه بان ادعى
الملك المطلق وشهدا بالسبب تقبل لما قلنا ان من الموافقة كون المشهود به اقل من المدعى به فرع رجل
ادعى دارا في يد رجل انها له اشتراها من فلان غير ذي اليد فشهد الشهود له بالملك المطلق لم تقبل شهادتهم
ولو ادعى مطلقا فشهد الشهود بالملك بالسبب جازت شهادتهم ولو ادعى ملكا بسبب ثم ادعى ذلك في
وقت آخر عند غير ذلك القاضي ملكا مطلقا فاقام المدعى عليه البينة انه كان ادعاه قبل هذا بسبب عند
فلان القاضي قبلت بينة المدعى عليه وبطلت بينة المدعي فان ادعى اولا ملكا مطلقا ثم ادعاه عند ذلك

ادعت المراة الصداق بعد الطلاق فادعى الزوج انها ابرأته منه واقام
البينة فشهد احدهما بانها ابرأته والآخر انها وهبته تقبل لاتفاقهما على سقوط الدين
الشاهدان لان الموافقة ثابتة بين البينتين لاختلاف المشهود به لان الابراء
حكم الابراء وقيل لا يقبل لان الدين لو ابرأ الكفيل عنه لا يرجع
اسقاط والهبة تمليك فان رب الدين لو وهب الدين من الكفيل ثم ان
رجع على المديون ولو وهبه له يرجع عليه ولو وهبه له يرجع بما دفع
رب الدين ابراه عن الدين لا يرجع

القاضي

القاضي او عند غيره ملكا بسبب تسمع دعواه لان المطلق يحتمل التقييد فان الثاني دون الاول واذا ادعى
دارا او عرضا فانكر المدعى عليه فاقام المدعي شاهدين شهد احدهما ان المدعى عليه اقر انه ابتاعها من المدعي وشهد
الآخر ان المدعي اودعها اياه ذكر في المنتقى انها تقبل ويقضى للمدعي ولو شهد احدهما انها للمدعي والآخر على اقرار المدعى
عليه ان المدعي دفعها اليه لم تقبل هذه الشهادة كذا في قاضيخان وكذا شرط اتفاق الشاهدين يعني شرط
التطابق بين كل من الشاهدين كما بين الشهادة والدعوى ايضا لوجوب القضاء لفظا ومعنى اعلم انهم اتفقوا على
ان الموافقة بين شهادة الشاهدين شرط معنى واختلفوا في انها شرط لفظا ايضا ام لا فعند ابي حنيفة شرط
من حيث اللفظ ايضا والمراد من تطابقهما عنده تطابق لفظيهما بعين ذلك اللفظ او بمرادف حتى لو شهد احدهما
بالهبة والآخر بالعطية قبلت لا بطريق التضمن ولذا فرع عليه بقوله فلا تقبل لو شهد احدهما بالف او بمائة او طلقة
وشهد الآخر في الاولى بالفين وفي الثانية بمائتين وفي الثالثة بطلقتين او ثلاث وعندهما تقبل على الاقل
يعني عندهما تقبل على الالف في المسئلة الاولى اذا كان المدعي يدعي الالفين بخلاف ما لو كان يدعي الفا لا يقضى
بشيء اتفاقا لانه كذب شاهد الالفين الا ان وفق فقال كان لي عليه الفان فقضاني الفا او ابرأته من الالف
والشاهد لا يعلم بذلك فح يقضى له بالالف وعلى هذا لو شهد احدهما بمائة والآخر بمائتين او بطلقة وطلقتين
او طلقة وثلاث لا يقضى بشيء اصلا عنده وعندهما يقضى بالاقل وعلى هذا المائة والعشرة والمائة وعشرة والدرهم
والدرهمان وهذا في دعوى الدين اما في دعوى العين بان كان في كيس الف درهم فشهد احدهما ان جميع
ما في الكيس له وهو الف درهم والآخر ان نصف ما فيه له وهو الف قبلت شهادتهما لان ذكر المقدار في
المشار اليه مستغنى عنه ذكره الخبازي وبقولهما قال الشافعي واحمد ثم في رواية عن الشافعي واحمد يستحق الزائد
بالحلف عليه لهما انهما اتفقا على الالف والطلقة وتفرد احدهما بالزيادة فثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به
احدهما وصار كالالف والالف والخمسمائة اتفقا على انه يقضى بالالف لذلك وهو انهما اجتمعا على الشهادة
بها ولابي حنيفة انهما اختلفا في لفظ غير مرادف واختلاف الالفاظ افرادا وتثنية يدل على اختلاف المعاني بالضرورة
فالالف لا يعبر به عن الالفين لا حقيقة ولا مجازا والالفان لا يعبر به عن الالف فكان كلام كل منهما كلاما مباينا
لكلام الآخر وحصل على كل واحد منهما شاهد واحد فصار كما اذا اختلف جنس المال بان شهد احدهما بكر شعير
والآخر بكر حنطة او مائة بيض والآخر بمائة سود والمدعي يدعي السود لا تقبل على شيء اصلا لان المدعي اكذب
شاهد البيض الا ان يوفق المدعي فيقول كان البيض فابرأته من صفة الجودة فتقبل ح اما لو كان تدعي البيض
ولها مزية فانه يقضى بالسود ولم يحكوا خلافا ذكره في الخلاصة من الاقضية ولذا لو شهد المدعي كر حنطة وقال
احدهما جيدة والآخر ردية والدعوى بالافضل يقضى بالاقل ولذا لو ادعى مائة دينار فقال احدهما نيسابورية
والآخر بخارية والمدعي يدعي النيسابورية وهي اجود يقضى بالبخارية بلا خلاف ينقل فيحتاج الى الفرق على قول
ابي حنيفة وهو انهما اتفقا على الكمية والجنس فصار كما لو شهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة وفي المبسوط
والاسرار الذي يبطل مذهبهما ما لو شهد شاهدان بطلقة يعني قبل الدخول وآخران بثلاث وفرق القاضي
بينهما قبل الدخول ثم رجعوا كان ضمان نصف المهر المثل على شاهدي الثلاث لا على شاهدي الواحدة ولو اعتبر
ما قالا ان الواحدة توجد في الثلاث كان الضمان عليهما جميعا كذا في فتح القدير ولو شهد احدهما بالف والآخر
بالف ومائة والمدعي يدعي الاكثر قبلت على الالف اتفاقا لانهما اتفقا على الالف لفظا ومعنى لان الالف والخمسمائة

جملتان عطفت احديهما على الاخرى والعطف يقرر المعطوف عليه فانفراد احدهما بالشهادة بجملة اخرى
منصوص على خصوص كميتها لا يقدح في الشهادة بالالف كما لو شهد احدهما بالف درهم ومائة دينار وهو يدعيهما
ولو كان انما يدعي الالف وسكت عن التوفيق لم يقض بشيء لانه اكذاب لشاهد الالف والخمسمائة ظاهرا
لان السكوت في موضع البيان بيان الا انه وفق فقال كان حقي الفا وخمسمائة فقضاني او ابرأته من خمسمائة
على نظير ما تقدم وما لم يوفق صريحا لا يقضى بشيء ولا يكفي احتمال التوفيق على الاصح بخلاف ما اذا قال ما كان لي الا
الالف لانه اكذاب صريح لا يحتمل التوفيق فلا يقضى بشيء وكذا مائة ومائة وعشرة وطلقة وطلقة ونصف بخلاف
ما اذا شهد احدهما بعشرة والاخر بخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف عطف فصارا متباينين كالالف والالفين
هذا اذا كان المدعي يدعي الاكثر واما اذا ادعى الاقل وقال لم يكن لي الا الالف فشهادة من شهد بالاكثر باطلة لتكذيبه
المدعي في المشهود به فلم يبق له الا شاهد واحد وبه لا يثبت شيء ولو شهدا بالف وبقرض الف وقال احدهما
قضى منها كذا اي خمسمائة مثلا قبلت شهادتهما على الالف لاتفاقهما عليه لا تقبل على قضائه لانه شهادة فرد
بسقوط بعض الحق بعد ثبوته فلا تقبل ما لم يشهد به معه آخر وعن ابي يوسف في غير المشهور عنه انه يقضى
بخمسمائة فقط لان شاهد القضاء مضمون شهادته ان لا دين الا خمسمائة الا ان محمدا خالفه فيها لان
ذلك فيما يلزم الشهادة بالاقل وقعت ابتداء وهذا ليس كذلك وجوابه ما قلنا انهما اتفقا على وجوب
الالف وتفرد احدهما بالقضاء فلا تقبل بخلاف ما لو شهدا بالف وقال احدهما انه قضاه اياه بعد قرضه
فانه يقضى بالكل على قول الكل وينبغي لمن علمه يعني يجب للشاهد اذا علم بقضاء ذلك القدر ان لا يشهد
حتى يقر المدعي في تقريره الدعوى به اي بقضاء المدعى عليه ذلك القدر كيلا يصير الشاهد معينا على الظلم
لعلمه بدعواه بغير حق ولانه لو شهد فاما بالالف ثم يقول قضاه منها خمسمائة وقد علمت انه يقضى فيها
بالف فيضيع حق المدعى عليه واما بخمسمائة فيثبت اختلافهما وفيه لا تقبل الشهادة اصلا على قول ابي ح
فيضيع حق المدعي ومن هذا النوع رجل اقر عند قوم لفلان عليه كذا فبعد مدة جاء رجلان او اكثر الى
القوم فقالوا لا تشهدوا على فلان بذلك الدين فانه قضاه كله فالشهود بالخيار ان شاؤوا امتنعوا عن
الشهادة وان شاؤوا اخبروا الحاكم بشهادة الذين اخبروهم بالقضاء فان كان المخبرون عدولا لا يقضي
القاضي بالمال هذا قول الفقيه ابي جعفر وابي نصر محمد بن سلام ولو شهد عندهم واحد لا يسعهم ان يدعوا
الشهادة وكذا اذا حضروا بيع رجل او نكاحه او قتله فلما ارادوا الشهادة شهد عندهم بطلاق الزوج
ثلاثا او قال لا عاينا امرأة ارضعتهما او اعتق العبد قبل ان يبيعه وعفى عنه الولي ان كان واحدا شهد
او اثنان لا يسعهم ان يشهدوا وكذا لو رأى عينا في يد رجل يتصرف فيها تصرف الملاك فاراد ان يشهد بالملك
له فاخبره عدلان ان الملك للثاني لا يجوز ان يشهد بالملك للاول ولو اخبراه انه باعه من ذي اليد له ان يشهد
بما علم ولا يلتفت الى قولهما ولو شهدا بقتله زيدا يوم النحر بمكة وشهد آخران بقتله اياه اي زيدا فيه
اي في يوم النحر بكوفة واجتمعوا عند الحاكم ردتا لان كذب احديهما بيقين ولا اولوية فلا قبول فان لم
يجتمعوا بل قضى باحديهما اولا بطلت الشهادة الاخيرة للاولوية باتصال القضاء الصحيح بها فانه
حين قضى بالاولى ولا معارض لها اذ ذاك فنفذ شرعا فلا يتغير الحكم الذي ثبت شرعا بحدوث معارض
لكن له ثوبان في احديهما نجاسة شك في تعيينه فتحرى وصلى في احدهما ثم وقع ظنه على طهارة الآخر لا

يصلي

لا يصلي فيه ولا تبطل صلوته في الاول لانه ثبت بتحريه الاول حكم شرعي هو الصحة بعد الوجوب فلا يؤثر التحري
الثاني في رفعه وكذا الاختلاف في الآلة قال احدهما قتله بسيف وقال الآخر بيده لا تقبل لاختلاف المشهود به
لان القول غير الفعل الذي هو نفس القتل ولم يتم على احدهما نصاب وكذا الضرب الواقع امس وبتلك الآلة
ليس غير الضرب الواقع اليوم وبالاخرى حقيقة ولا حكما لانه لا يمكن جعل الفعل الثاني اخبارا عن عين الاول
ليتحد الفعل نفسه وكل ما هو من باب الفعل كالشج والجناية مطلقا والغصب او من باب القول المشروط
في صحته الفعل كالنكاح المشروط فيه احضار الشهود فاختلافهما في المكان او الزمان او الانشاء والاقرار
يمنع القبول بما ذكرنا والمراد بالانشاء والاقرار انشاء الفعل والاقرار به مثاله لو ادعى الغصب فشهد احدهما
به والآخر بالاقرار به لا تقبل ولو شهدا جميعا بالاقرار به قبلت بخلاف اختلافهما في الزمان والمكان فيما هو من باب
القول كالبيع والشراء والطلاق والعتاق والوكالة والوصية والرهن والقرض والبراءة والكفالة والحوالة والقذف
لا يمنع القبول فان القول مما يتكرر بصيغة واحدة انشاء واخبارا وهو في القرض بجعله على قول المقرض اقرضتك
ولذا تقبل في الرهن والهبة والصدقة والشراء وان كانا يشهدان بمعاينة القبض لان القبض يكون غير مرة
وفي المحيط ادعى عينا في يد رجل انها ملكه وان صاحب اليد قبضها بغير حق منذ شهر وشهدوا له بالقبض مطلقا
لا تقبل لان شهادتهم على القبض بلا تاريخ محمول على الحال والمدعي يدعي الفعل في الماضي والفعل في الماضي غير الفعل
في الحال كما لو ادعى القتل منذ شهر فشهدوا به في الحال وكذا لو ادعى القبض مطلقا وشهدوا به منذ شهر لانه ادعى الفعل
في الحال وهم شهدوا به في الماضي فلا تقبل الا اذا وفق وقال اردت من المطلق القبض منذ ذلك الوقت وقيل تقبل
في هذا من غير توفيق لان المطلق اكثر واقوى من المورخ فقد شهدوا باقل مما ادعى به فتقبل انتهى فقد ظهر انه خرج
الفعل القبض ومن الفروع على الاصل المذكور لو ادعى الشراء اول من امس فشهدوا به امس تقبل لانه قول ولو
ادعى النكاح اول امس فشهدوا به امس لا تقبل لانه يتضمن الفعل كما ذكرنا من قريب هذا كله مذهبنا وقال الا[illegible]
واحمد في ظاهر روايته اختلافهما في الزمان والمكان يمنع في الكل الا اذا شهدوا انه طلقها يوم الخميس وقال الآخر
اقر بطلاقها يوم الجمعة واذا شهدا على اقرار الراهن والواهب والمتصدق بالقبض جازت ولو ادعى البيع
وشهد على اقرار البائع به واختلفا في الزمان والمكان قبلت وكذا لو شهد احدهما بالبيع او الشراء والاخر
على الاقرار به تقبل لان لفظهما سواء في الاقرار والانشاء فلم يثبت اختلاف المشهود به ذكره في الفصول
وفيه عن الفتاوى لو سكت شاهدا البيع عن بيان الوقت والمكان فسألهما القاضي فقالا لا نعلم
ذلك تقبل لانهما لم يكلفا حفظ ذلك ولو شهدا [illegible] بسرقة بقرة واختلفا في لونها يعني ادعى على رجل
انه سرق له بقرة ولم يذكر لها لونا واقام بينة فشهد واحد بسرقته حمراء والآخر سوداء قال ابو حنيفة قبلت
وتقطع وقالا والائمة الثلاثة لا يقطع ولو ان المسروق منه عين لونا كحمراء فقال احدهما سوداء لم يقطع اجماعا
لانه كذب احد شاهديه ولا فرق فيما اذا لم يعين المدعي لونا بين كون اللونين اللذين اختلفا فيهما متقاربين
كالسواد والحمرة او متباعدين كالبياض والسواد في ثبوت الخلاف وقيل في المتباعدين الاتفاق على
عدم القبول والاصح الاول ذكره في المبسوط والظهيرية وعلى الخلاف المذكور لو ادعى سرقة ثوب مطلقا
فقال احدهما هروي والآخر مروي ولو اختلفا في الزمان والمكان لم تقبل اجماعا لما ذكرنا في الفرق بين السرقة
والغصب فان اختلفا في الذكورة والانوثة لا اي لا يقطع عنده وعندهما لا يقطع فيهما اي في المسئلتين

وفي الغصب لا تقبل اتفاقاً لهما انهما اختلفا في المشهود به لان سرقة السواد غير سرقة البياض فلم يتم على كل
حال منهما نصاب شهادة فصار كما لو اختلفا في ذكورتها وانوثتها او في قيمتها لا تقبل كذا ههنا او ايضاً بطريق
الدلالة في الغصب فانهما لو شهدا على غصب بقرة فقال احدهما سوداء او حمراء وقال الآخر بيضاء لم تقبل مع انه
لا يتضمن قبولها اثبات حد فلان لا تقبل فيما يوجب حداً اولى لان الحد اعسر ثبوتاً فانه لا يثبت بشهادة الثث
وله ان يجرد شهادتهما بسرقة بقرة وهو المدعى به بلا ذكر المدعى لونها فاما ثبت الحد ولم يقع فيه اختلاف بل وقع
فيما ليس من نفس المشهود به وهذا لانهما لم يكلفا علم لونها فانهما لو قالا لا نعلم لونها لا تسقط شهادتهما
ويجب الحد واختلافهما في امر زائد لا يلزمهما ما ليس مدعى به لا يبطل الحد كما لو اختلفا في ثياب السارق وكما لو اختلفا
في مكان الزنا في البيت فانه يحد وعلى هذا فلا حاجة في قبولها الى التوفيق كما فهم العلامة السرخسي غيرانا نبرعنا
بالتوفيق بان السرقة تكون غالباً ليلاً والنظر الشاهد اليه من بعيد وذلك سبب اشتباه اللون اذا كانا
متقاربين كالسواد والحمرة وقد يجتمعان وان كانا متباعدين في البلقا فيرى كل لوناً غير الآخر فيحمل اختلافهما
على احد الامرين فعلى الاول او الثاني اذا اختلفا في المتقاربين وعلى الثاني فقط في المتباعدين بخلاف الغصب
فانه يقع نهاراً فلا اشتباه وبخلاف الذكورة والقيمة لانهما مكلفان معرفة ذلك لتعلم القيمة فيظهر ان المسروق
بلغ نصاباً اولاً ولان ذكره الذكورة دليل انه رآه من قريب وتحقق من حيث لا يشتبه عليه الحال فلا يتم ذلك التوفيق
فظهر ان هذا التوفيق ليس احتياطاً لاثبات الحد ولان وجه قولهما ادق واحق من قوله كما ظنه صاحب الاسرار
الكل من فتح القدير ولو شهد واحد بالشراء او الكتابة بالف والآخر بالف ومائة ردت لان المشهود به يختلف
اذ المقصود من دعوى البيع قبل التسليم اثباته وهو يختلف باختلاف الثمن اذ الشراء بالف غيره بالف ومائة
واختلاف المشهود به يمنع قبول الشهادة ولان المدعى يكذب احدهما وكذا اذا كان المدعي هو البائع
سواء ادعى البيع بالف او بالف ومائة لانه لا فرق بينهما وكذا اذا كان الدعوى في الكتابة اما اذا كان يدعيها
العبد فلا خفاء في كون العقد مقصوداً واما اذا كان هو المولى فلان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود
اثبات العقد وكذا العتق على مال والصلح عن قود والرهن والخلع ان ادعى العبد في العتق والقاتل في الصلح
عن دم العمد والراهن في الرهن والمرأة في الخلع لان المقصود اثبات العقد لانه هو الذي يفيد به الخلاص
وهو مقصودهم وان ادعى الآخر يعني المولى وولي القتيل والمرتهن والزوج كان كدعوى الدين فيما ذكر من الوجوه
وهو انه اذا ادعى اكثر المالين فشهد به شاهد والآخر بالاقل ان كان الاكثر يعطف مثل الف ومائة تقضي بالاقل
اتفاقاً وان كان بدونه كالالف والالفين فكذلك عندهما وعند ابي حنيفة لا يقضي بشيء وهذا لانه ثبت العتق
والعفو والطلاق باعتراف صاحب الحق فلم يبق الدعوى الا في الدين واما الرهن فان كان المدعي هو الراهن
لا تقبل الشهادة بشيء اصلاً لان قبولها بناء على صحة الدعوى ولم تصح لان الراهن لا يقدر على استرداده ما دام
الدين قائماً فلا فائدة لهذه الدعوى فلم تصح وان كان المدعي هو المرتهن فهو دعوى الدين وعلمت حكمه والاجارة
كالبيع عند اول المدة كان ادعى المستأجر او الآجر انه اجره هذه الدار سنة بالف ومائة فشهد واحد كذلك والآخر
بالف لا تثبت الاجارة كالبيع اذ قبل استيفاء المنفعة لا يستحق بدلها فكان المقصود اثبات العقد وهو يختلف
باختلاف البدل فلا تثبت الاجارة وكالدين بعدها يعني ان كانت دعوى الاجارة بعد مضي المدة استوفى
المدعي المنفعة ~~وهو يختلف باختلاف البدل~~ اولم تستوف بعد ان تسلم فينظر فان كان المدعي هو الموجر

فهو دعوى

ولو شهد احدهما انه باع منه بالف والآخر على الاقرار بالبيع تقبل شهادتهما مع

فهو دعوى المال فان شهد احدهما بالف والآخر بالف ومائة وهو يدعي الاكثر يقضي بالف اذ ليس المقصود
بعد المدة الا الاجر فان شهد الآخر بالفين والمدعى عليهما لا يقضي بشيء عنده وعندهما بالف وان كان
المدعي هو المستأجر فهو دعوى العقد بالاجماع لانه معترف بمال الاجارة فيقضي عليه بما اعترف به فلا يعتبر اتفاق
الشاهدين او اختلافهما فيه ولا يثبت العقد للاختلاف وفي النكاح تقبل بالف استحساناً اطلقه محمد في الجامع
فمشى عليه صاحب الهداية فلم يفصل بين كون المدعي فيه الزوج او الزوجة وجعل الاصح نفياً لما حكاه من القول
بالتفصيل بين كون المدعي الزوج فلا يصح باتفاقهم لانه دعوى العقد اذ الزوج لا يدعي عليها مالاً وكونه الزوجة
فهو على الخلاف وقال في وجه الاصح ما يذكر من التعليل لابي حنيفة ولا فرق فيه اي في النكاح بين دعوى الاقل والا
هكذا اجرى صاحب الهداية اطلاق محمد في الجامع وصححه حيث قال صاحب الهداية فيستوي دعوى اقل المالين
واكثرهما في الصحيح انتهى وهذا مخالف للرواية فان محمداً قيده في الجامع بدعوى الاكثر حيث قال جازت الشهادة
بالف وهي تدعي الفاً وخمسمائة والمفهوم يعتبر رواية كذا في فتح القدير وقالا ردت فيه اي في النكاح ايضاً وذكر
في الامالي قول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة لهما ان هذا اختلاف في السبب لان المقصود من الجانبين هو العقد
والاختلاف في السبب يمنع قبول الشهادة كما في البيع وله ان المال في النكاح تابع ولهذا يصح بلا تسمية
مهر ويملك التصرف في النكاح من لا يملك التصرف في المال كالعم والاخ والاختلاف في التابع لا يوجب الاختلاف
في الاصل فكان تابعاً ولان الاصل في النكاح الحل والازدواج والملك لان شرعيته لذلك ولزوم المهر لصون المحل
الخطير عن الابتذال بالتسلط عليه مجاناً ولا اختلاف للشاهدين فيهما فيثبت الاصل لكن وقع الاختلاف في
التبع وهو المال فيقضي بالاقل لاتفاقهما عليه فلا بد من الجر في شهادة الارث اختلفوا في الشهادة بالميراث هل
يحتاج الى النقل والجر وذلك بان يقول الشاهد عند الشهادة هذا المدعي وارث الميت مات وتركه ميراثاً للمدعي
او مات وهذا ملكه او في يده ام لا يحتاج قال ابو حنيفة ومحمد لا بد منه خلافاً لابي يوسف هو يقول ان ملك المورث ملك
الوارث لكون الوارث خلافة ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه به واذا كان كذلك صارت الشهادة بالملك للمورث
شهادة به للوارث وهما يقولان ملك الوارث يتجدد في حق العين ولهذا يجب عليه الاستبراء في الجارية المورثة
ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير والمتجدد يحتاج الى النقل الا انه يكتفي باستصحاب المال
الا انه يكتفي بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا على قيام يده لان
الايدي عند الموت ينقلب يد ملك بواسطة الضمان اذ الظاهر من حال المسلم في ذلك الوقت ان يستوي
اسبابه ويبين ما كان بيده من الودائع والمغصوب فاذا لم يبين فالظاهر من حاله ان ما في يده ملكه فيجعل اليد
عند الموت دليل ملكه فان قال الشاهد كان هذا الشيء لاب المدعي اعاره ابو المدعي من ذي اليد او دعا باه
قبلت الشهادة بلا جر يعني لا يكلف الشاهد انه مات وتركه ميراثاً لهذا المدعي اتفاقاً اما عند ابي يوسف فلانه
لا يوجب الجر في الشهادة واما عندهما فلان قيام اليد عند الموت يغني عن الجر وقد وجدت لان يد المستعير
والمودع يد المعير والمودع ولو قالا انها كان لابيه ولم يقولوا مات وتركه ميراثاً لم تقبل عندهما لعدم الجر
وما قام مقامه وتقبل عند ابي يوسف لشهادتهم بملك المورث كذا في العناية ولو شهدا انه كان في يد ابيه
مات وهو في يده جازت الشهادة فيقضي به للوارث لاثباتهما اليد للميت الى حين الموت وبذلك
يثبت الملك له لان اليد وان تنوعت الى يد غصب وامانة وملك فانها عند الموت من غير بيان تصير يد ملك

لما عرف ان كلا من الغاصب والمودع اذا مات مجهلا يصير المغصوب والوديعة ملكه يصير ورثته مضمونا عليه شرعا
ولا يجتمع البدلان في ملك مالك الوديعة والمغصوب منه ولا يلزم على هذا ما لو شهدوا ان اباه دخل
بهذه الدار ومات فيها او انه كان فيها حتى مات او انه مات وهو قاعد على هذا البساط او نائم على هذا
الفراش او انه مات وهذا الثوب موضوع على رأسه لا تقبل حتى لا يستحق الوارث شيئا من ذلك مع انها
تفيد ان هذه الاشياء كانت في يد مورثه قبل الموت لانها خرجت لبتوله بواسطة الضمان وهذه الاحوال
ليست موجبة للضمان قال التمرتاشي لا تثبت اليد على المحل بهذه الشهادة حتى لا يصير غاصبا ولا يصير ذو اليد
مقرا بذلك بخلاف الشهادة بالركوب والحمل واللبس فان اليد تثبت لها ويصير بها غاصبا هذا اذا شهدوا للميت
كذلك وان شهدوا ان هذا الشيء كان في يد هذا المدعي حيا منذ كذا او لم يذكروا وقتا ردت هذه الشهادة
فلا يقضى للمدعي به عند ابي حنيفة ومحمد وعن ابي يوسف هو كالتي للميت فيقضى للمدعي به وقالا لا يقضى للمدعي بهذه
الشهادة لابي يوسف ان اليد مقصودة كالملك وان شهدا في هذه الصورة انه كان هذا الشيء ملكه اي
ملك المدعي قبلت لما قدمنا في الفروع استصحابا للملك الى وقت الدعوى كذا هنا استصحابا لليد الى وقت
الدعوى وصار كما لو شهدوا انه اخذ منه يقضى بالرد بهذه الشهادة وجه الظاهر من قول ابي يوسف هو
وجه قولهما ان الشهادة مع كونها بيد منقضية شهادة بمجهول لان اليد متنوعة الى ملك وامانة وضمان
ولم يلزم احدها بعينه بالموت وهو يد الملك فامكن القضاء بخلاف الاخذ فان له موجبا معلوما وهو الرد من حيث هو
اخذ الى ان يقترن به ثبوت انه اخذ حقه قال صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى ترده فيقضى به ولو اقر المدعى
عليه انه كان في يد المدعي امر بالدفع اليه اي الى المدعي وان كانت اليد متنوعة لان حاصل ذلك جهالة في المقر به
وهي لا تمنع صحة الاقرار بل يصح ويلزم البيان حتى لو قال لفلان على شيء صح ويجبر على البيان كما لو ادعى
عشرة دراهم فشهدوا على اقرار المدعى عليه ان له عليه شيئا جازت ويؤمر بالبيان وكذا يؤمر بالدفع
الى المدعي لو شهدا باقراره اي باقرار المدعى عليه بذلك اي بان المدعى به كان في يد المدعي تتمة شرط
الشهادة بالارث ان يشهدوا انه كان لمورثه فلو قالوا انه لمورثه قال محمد انه لم يصح ولم يحك خلافا لان
المورث ان كان حيا فالمدعي ليس خصما وان كان ميتا فاثبات الملك للميت محال وقال بعضهم انها
تصح على قول ابي يوسف فهو غير بعيد لانا نقطع بان الشاهد لم يرد هذا المعنى بل ملكه حال حيوته فكان
كالاول ولا بد ان يدرك الشهود الميت لان الشهادة على الملك لا تجوز بالتسامع وان يبينوا جهة
الاستحقاق حتى لو قالوا اخوه مات وتركها ميراثا له لا تقبل ما لم يقولوا لابيه ولامه او لهما لان الارث يختلف
باختلاف الجهات وكذا لو قالوا كان لجده ولم يقولوا مات وتركها ميراثا لابيه ثم مات ابوه وتركه ميراثا له
ولم يشترط ابو يوسف على ما عرف في الخلافية غير انه يسأل البينة عن عدد الورثة للقضاء واذا شهدوا انه
كان لمورثه تركه ميراثا له ولم يقولوا لا نعلم له وارثا سواه فان كان من يرث في حال دون حال لا يقضى له لاحتمال
عدم استحقاقه او يرث على كل حال يحتاط القاضي وينتظر مدة هل له وارث آخر او لا ثم يقضي بكله وان كان
نصيبه يختلف في الاحوال يقضى بالاقل فيقضى للزوج بالربع والزوجة بالثمن الا ان يقولوا لا نعلم له وارثا غيره
وقال محمد وهو رواية عن ابي حنيفة يقضى بالاكثر والظاهر الاقل وليس الاصل ان لا يكون له وارث ويأخذ
القاضي كفيلا عندهما لا عنده وقد مر ذلك في اواخر القضاء ولو قالوا لا نعلم له وارثا بهذا الموضع كفى عند

ابي حنيفة

ابي حنيفة خلافا لهما فرع اذا شهد اثنان ان هذا وارث فلان لا نعلم له وارثا غيره ولم يذكرا سببا
يرث به فالشهادة باطلة حتى يبينا سبب الارث وكذا لو شهدا انه اخوه او عمه او ابن عمه او جده
او جدته لا تقبل حتى يبينا طريق الاخوة والعمومة انه لاب او شقيق وينسبا الميت والوارث حتى
يلتقيا الى اب واحد ويذكرا ايضا انه وارثه وهل يشترط قوله ووارثه في الاب والام والولد قيل يشترط
والفتوى على انه لا يشترط قوله وارثه وكذا كل من لا يحجب بحال لا يشترط
قوله وارثه وفي الشهادة بانه ابن ابن الميت او بنت ابنه لا بد من ذلك وفي الشهادة انه مولاه لا بد من بيان
انه اعتقه ولا يشترط ذكر اسم اب الميت حتى لو شهدا انه جد الميت ابو ابيه ووارثه ولم يسموا ابا الميت قبلت
وفي الاقضية شهدا انه جد الميت وقضي له ثم جاء آخر وادعى انه اب الميت وبرهن فالثاني احق بالميراث
شهدا انه اخو الميت ووارثه وقضي به ثم شهد شاهدان لآخر انه ابن الميت لا يبطل القضاء للاول بل
يضمنان للابن ما اخذ الاول من الارث ولو شهد آخران ان الثاني ابن الميت تقبل م في الزيادات شهد
ان قاضي بلد كذا فلان بن فلان قضى بان هذا وارث فلان الميت لا وارث له غيره فالقاضي يحتاط ويسأل
المدعي عن نسبه فان لم يبين امضى القضاء الاول لعدم المنازع في الحال فان جاء آخر وبين انه وارثه فان
كان اقرب من الاول قضى للثاني وان كان ابعد منه لا يلتفت اليه وان زاحمه بان كان مثلا للاول ابنا
والثاني ابا قضى بالميراث بينهما على قدر حقهما لامكان العمل بهما الكل من فتح القدير

باب الشهادة على الشهادة

لما كانت هي فرع شهادة الاصول استحقت التأخير في الذكر وجوازها استحسان والقياس لا تقتضيه
لان الاداء عبادة بدنية لزمت الاصل لا حق للمشهود له لعدم الاجبار والانابة لا تجري في العبادات البدنية
الا انهم استحسنوا جوازها في كل حق لا يسقط بالشبهة لشدة الاحتياج اليها لان الاصل قد يعجز عن ادائها
لبعض العوارض فلو لم تجز لادى الى التواء الحق تقبل الشهادة على الشهادة في غير حد وقود لان مبناهما
على الاسقاط والدرء وفي ذلك احتيال للثبوت لم تجز فيهما شهادة النساء لما فيها من شبهة البدلية واما في
الشهادة على الشهادة فحقيقة البدلية قائمة فيها حيث لا تقبل شهادة الفروع مع حضور الاصول فاولى
ان لا تجوز شهادة الفروع فيها وايضا فيها زيادة احتمال الكذب فان في شهادة الاصول تهمة الكذب
لعدم العصمة وفي شهادة الفروع تلك التهمة مع زيادة تهمة كذبهم فلا تقبل فيما يسقط بالشبهات وتقبل
على استيفاء الحدود لان الاستيفاء لا يسقط بالشبهة وما يوجب التعزير عن ابي حنيفة انه لا تقبل
كسائر العقوبات وعن ابي يوسف انه تقبل لان التعزير لا يسقط بالشبهة لما روي ان النبي عليه السلام
حبس رجلا بالتهمة والحبس تعزير ذكره في الاختيار وذكر في الاجناس من نوادر رستم عن محمد يجوز في التعزير
العفو والشهادة على الشهادة ونص الفقيه ابو الليث على ان كتاب القاضي الى القاضي لا يجوز فيه الشهادة
على الشهادة وقال في فتاوى قاضيخان الشهادة على الشهادة جائزة في الاقارير واقضية القضاة وكتبهم
وكل شيء الا الحدود والقصاص انتهى ونقول هذا قال احمد والشافعي في قول والاصح قوله وهو قول مالك
تقبل في الحدود والقصاص ايضا لان الفروع عدول نقلوا شهادة الاصول فالحكم لشهادة الاصول
لا لشهادتهم وصاروا كالمترجم وان تكررت اي ولو تعددت الشهادة على الشهادة وتكثرت الحاجة
وشرطها اي شرط الشهادة على الشهادة لقبول شهادة الفرع تعذر حضور الاصل لادائها باحد من

العوارض الثلاثة بموت اى بموت الاصل كما فى الهداية وغيرها لكن فى قضاء النهاية وغيره ان الاصل اذا مات
لا تقبل شهادته فرعه فيشترط حيوة الاصل او مرض لا يأتى معه مجلس الحكم فلا تقبل اذا كان الاصل مخدرة كما فى القنية
وكذا اذا حبس الاصل فى سجن الوالى واما فى سجن القاضى ففيه خلاف كما فى المحيط او سفر شرعى فى ظاهر الرواية
وعليه الفتوى فلو كان الفرع بحيث لو حضر الاصل مجلس الحكم امكنه البيتوتة فى منزله لم تقبل شهادته وتقبل عند
اكثر المشايخ وعليه الفتوى ~~فلو كان الفرع بحيث لو حضر الاصل مجلس الحكم امكنه البيتوتة فى منزله لم تقبل~~
كما فى المضمرات ولو كان الاصل فى المصر لم تقبل عنده وفى رواية عن محمد وتقبل عندهما كما فى الخزانة كذا فى القهستانى
وانما اعتبر بالسفر لان المعجز بعد المسافة فقدرت بمسافة اعتبرها الشارع بعيدة حتى اثبت رخصا عندها من
الفطر والقصر وامتداد المسح وعدم وجوب الاضحية والجمعة وحرمة خروج المرأة بلا محرم او زوج وعن ابى يوسف
انه ان كان فى مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع ان يبيت فى اهله صح شهادة الفروع احياء لحقوق
الناس قالوا الاول احسن من جهة الدليل لموافقته لحكم الشرع والثانى ارفق احياء لحقوق الناس وفى الذخيرة
كثير من المشايخ بهذه الرواية وبه اخذ الفقيه ابو الليث وذكره محمد فى السير الكبير وعن محمد تجوز الشهادة كيف ما
كان حتى روى انه اذا كان الاصل فى زاوية المسجد فشهد الفرع فى زاوية اخرى تقبل قال الامام السرخسى وغيره
يجب ان يجوز على قولهما خلافا لابى حنيفة بناء على جواز التوكيل بالخصومة عندهما بلا رضى الخصم وعنده لا الابرضا
والا قطع صرح عنهما فقال وقال ابو يوسف ومحمد تقبل وان كانوا فى المصر فروع خرس الاصلان او عميا او جنا
او ارتدا والعياذ بالله او فسقا لم تجز شهادة الفروع وتجوز شهادة الابن على شهادة الاب دون قضائه
والصحيح الجواز فيهما ولو شهد واحد على شهادة نفسه وآخران على شهادة غيره صح وتقبل الشهادة على الشهادة
فى النسب وكتاب القاضى الى القاضى وفى الاصل لو شهد رجلان على شهادة رجل وشهد احدهما على شهادة
نفسه فى ذلك الحق فهو باطل لان شهادة الاصل الحاضر على شهادة الاصل الغائب غير مقبولة لانها لو قبلت
ادى الى ان يثبت بشهادة الاصل الحاضر ثلاثة ارباع الحق نصف الحق بشهادته وحده وربع الحق بشهادته
مع آخر على شهادة الاصل الغائب ولا يجوز ان يثبت بشهادة الواحد ثلاثة ارباع الحق كذا ذكره الامام السرخسى
ولم يذكر فى شرح الشافى وزاد على تعليله قال شهادته بشهادة نفسه اصل وشهادته على غيره بدل ولا يجتمعان
بخلاف ما لو شهد واحد على شهادة نفسه وآخران على شهادة آخر فيصح ولو شهدا على شهادة رجلين بشئ
ولم يقض بشهادتهما حتى حضر الاصلان ونهيا الفروع عن الشهادة صح النهى عند عامة المشايخ وقال بعضهم
لا يصح والاول اظهر سمعا قول حاكم حكمت بكذا على هذا ثم نصب حاكم غيره لهما ان يشهدا ان القاضى قضى
عليه وان كان سمعاه من القاضى فى المصر او سواده فى رواية الحسن عن ابى حنيفة وهو الاقيس وعن ابى يوسف
لا يجوز ان سمعاه فى غير مجلس القاضى وهذا احوط كذا فى قاضى خان والخلاصة وشرطهما ان يشهد عن كل اصل
من رجلين او رجل وامرأتين اثنان نصا عدا فلا تجوز شهادة واحد على شهادة واحد لانه حق فلا بد من
النصاب وقال مالك يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين لا يشترط تغاير فرعى الشاهدين
الاصليين فلو شهد رجلان على شهادة اصل آخر فى هذه الحادثة تقبل عندنا وقال الشافعى لا يجوز الا
ان يشهد على شهادة كل اصل شاهدان غير اللذين شهدا على شهادة الاصل الآخر فلذلك لا بد من اربع عن
كل اصل اثنان لان كل شاهدين قائمان مقام واحد فصار كالمرأتين لما قامتا مقام رجل واحد

لم يتم

لم يتم حجة القضاء بشهادتهما ولنا ما رويناه من قول على رضى الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين
فانه باطلاقه يفيد الاكتفاء باثنين من غير تقييد بان يكون بازاء كل اصل فرعان آخران ولان نقل شهادة
الاصل حق من الحقوق فاذا شهدا بها فقد تم نصاب الشهادة ثم اذا شهدا بشهادة الاصل الآخر
شهدا بحق آخر غير الاول بخلاف شهادة المرأتين فان النصاب لم يوجد لانهما بمنزلة رجل واحد ولا تقبل
شهادة واحد على واحد خلافا لمالك قال الفرع قائم مقام الاصل معبر عنه بمنزلة رسوله فى ايصال شهادته
الى مجلس القاضى فكانه حضر وشهد بنفسه واعتبر هذا برواية الاخبار فان رواية الواحد عن الواحد مقبولة
ولنا ما رويناه عن على وهو ظاهر الدلالة على المراد ولانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة بخلاف
رواية الاخبار وصفتها اى الشهادة على الشهادة ان يقول الاصل اى يقول كل اصل لكل فرعيه
عند التحميل اشهد عندنا الماجد وهو احترام الاشهاد فلو اشهد رجلا وهناك رجل سمعه لم يجز له ان يشهد
على شهادتى فلو لم يذكره لم يجز خلافا لابى يوسف فانه معلوم كما فى المحيط انى اشهد ان فلانا ابن فلان
مثلا اقر عندى له بكذا ويجب ان يقول عند الفرع وقت التحميل كما يشهد عند القاضى فان محل الاشهاد
مجلس القضاء كما اشير اليه فى الهداية وغيره لكن فى المشايخ ان تاخير هذا القول عن الامر ليس بحتم كذا فى
القهستانى وانما شرط اشهاد الاصل الفرع فى شهادة الفرع لانه كالنائب عنه فلا بد من الاستنابة وذلك
بالتحميل بخلاف شهادة الاصل تجوز على المقر وان لم يحمله وكذا كل من شاهد امرا غير الشهادة له ان يشهد
له وان لم يحمل كالاقرار والبيع والغصب وانما قلنا كالنائب لانه لو كان نائبا حقيقة لم يجز القضاء بشهادة فرعين
على شهادة اصل مع اصل لامتناع الجمع بين الاصل والخلف لكنه جائز واذا وقع التحميل بما ذكر يقول الفرع اى
كل فرع عند الاداء اشهد ان فلانا ابن فلان اشهدنى على شهادته انه اقر عنده بكذا او قال لى اشهد
على شهادتى بذلك لانه لا بد من شهادة الفرع وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل ثم قال صاحب الهداية ولها اى
ولشهادة الاداء من الفرع لفظ اطول من هذا واقصر اما الاول فان يقول الفرع عند القاضى اشهد ان فلانا
شهد عندى ان لفلان على فلان كذا من المال واشهدنى على شهادته فامرنى ان اشهد على شهادته
وانا الآن اشهد على شهادته بذلك فيلزم ثمان شينات والمذكور اولا خمس شينات واما الثانى
وهو الاقصر فانه يقول الفرع عند القاضى اشهد على شهادة فلان بان فلانا اقر عنده بكذا وفيه شينان
ولا يحتاج الى زيادة شئ وهو اختيار الفقيه ابو الليث واستاذه ابى جعفر وحكى فتوى شمس الائمة السرخسى
به وهكذا ذكره محمد فى السير الكبير وبه قالت الائمة الثلاثة وحكى ان فقهاء زمن ابى جعفر خالفوا واشترطوا
زيادة تطويل فاخرج ابو جعفر الرواية من السير الكبير فانقادوا له قال فى الذخيرة فلو اعتمد احد على هذا كان
اسهل وقال فى الفتاوى الصغرى شهود الفرع يجب ان يذكروا اسماء الاصول واسماء ابائهم
واجدادهم حتى لو قالوا نشهد ان رجلين نعرفهما اشهدانا على شهادتهما انهما يشهدان بكذا
وقالا لا نسميهما ولا نعرف اسمائهما لا تقبل لانهما تحملا مجازفة لا عن معرفة ولو قال شاهد عند آخر اشهد فى
فلان على نفسه بكذا لا يسع للسامع ان يشهد على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتى بذلك لانه
لا بد من التحميل بالاتفاق اما عند محمد فلان القضاء عنده يقع بشهادة الاصول والفروع حتى اذا رجعوا جميعا
اشترك الاصول والفروع فى الضمان يعنى يتخير المشهود عليه بين تضمين الاصول او الفروع وليس المراد

انه يضمن الكل معًا وذلك انما يكون بطريق التوكيل ولا توكيل الا بامره ثم ان اختار تضمين الفروع لا يرجعون
على الاصول بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب بتخيير المغصوب منه في تضمين ايهما شاء فان ضمن الغاصب
رجع على غاصبه واما عندهما قال في الهداية فلان لا بد من التحميل لانه لا بد من النقل الى مجلس القاضي ليصير حجة فيظهر
بالنقل تحميل ما هو حجة يعني شهادة الاصول وهذا الكلام يقتضي ان وجوب التحميل لوجوب النقل والنقل لا يتحقق الا
بالتحميل حتى لو سمع شاهدا يقول لرجل اشهد على شهادتي الى آخره ليس له ان يشهد على شهادته لانه انما حمل
غيره بحضرته فاذا نقل ظهر للقاضي انه وجد الشرط وهو التحميل فتثبت عنده الحجة بخلاف ما لو سمع قاضيا يقول لآخر قضيت
عليك بكذا او على فلان فانه يجب ان يشهد على قضائه بلا تحميل لان قضاءه حجة كالبيع والاقرار بخلاف الشهادة
ليست بنفسها حجة حتى تصل الى القاضي ولقائل ان يقول كون النقل الى القاضي والحجية تتوقف على التحميل شرعا مما
يحتاج الى دليل ان لم يكن فيه اجماع الامة وهو مختلف على الاصح عند الشافعية وآلا فالاتفاق على ان من سمع اقرار
رجل للآن يشهد عليه بما سمع عنه وان لم يشهده بل ولو منعه من الشهادة بما سمع منه فاخراج الاقرار بشهادة ان يحتاج
شهادته على فلان يحتاج الى دليل من الشرع وذكر في الفتاوى الظهيرية في وجهه امر آخر وهو ان الاصل له منفعة في نقل
لشهادته فان الشهادة حق عليه يلزمه اداؤه اذا طلب منه من هي له ومقتضى هذا ان لا يحتاج الى التوكيل والتحميل
لان من عليه دين اذا تبرع انسان بقضاء دينه جاز وان لم يكن بامره لكن فيها مضرة اهدار ولاية في تنفيذ قوله
على المشهود عليه فيتوقف امره ورضاه فباعتبار هذا اشترط الامر وصار كمن له ولاية نكاح صغيرة لو نكحها انسان
لا بامره لا يجوز لما فيه من ابطال ولايته عليه وهذا الكلام حسن يسد الخلل ولعل عبارة المشايخ فيه مشكلة ليس فيها اشعار
بالمطلوب كذا في شروح الهداية ويصح تعديل الفرع اصله حاصله ان الفرعين اذا شهدا على شهادة اصلين فهو على وجوه
اربعة اما ان يعرفهما القاضي ولا يعرفهما او عرف الاصول دون الفروع او بالعكس فان عرفهما بالعدالة قضى بشهادتهما
وان لم يعرفهما يسأل عنهما غيره وان عرف الاصول دون الفروع يسأل عن الفروع وان عرف الفروع يسأل عن
الاصول فان عدل الفروع الاصول ثبت عدالتهم بذلك في ظاهر الرواية لانهم من اهل التزكية لكونهم على صفة الشهادة
ولا يكون ذلك تهمة في حقه حيث انه سبب لقبول قوله فان العدل لا يتهم بمثله الا يرى انه لا يتهم في اقامة شهادة
نفسه فانه يحتمل ان يقال انما شهد ليصير مقبول القول فيما بين الناس عند تنفيذ القاضي ويصح تعديل احد
الشاهدين الآخر لما قلنا انه من اهل التزكية فان سكت اي الفروع عنه اي عن تعديل الاصول حين
سألهم القاضي جاز ولكن نظر القاضي في حاله اي حال الاصل عند ابي يوسف وقال محمد ترد شهادتهما اي
شهادة الفرع لانه لا شهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفها لم ينقل الشهادة فلا تقبل ولابي يوسف ان الواجب
على الفرع ليس الا نقل عمل الاصل دون تعديله لان التعديل قد يخفى عليه فاذا نقل فقد اقام ما وجب عليه ثم
القاضي يتعرف عدالة الاصل عن غيره كما اذا احضر الاصول فشهدوا غير ان الفروع حاضرون وهم اهل التزكية
اذا كانوا عدولا فسؤالهم اقرب للمسافة من سؤال غيرهم فان كان عندهم علم فقد قصرت المسافة والا احتاج
الى تعرف حالهم من غيرهم هكذا ذكر الخلاف الناصحي في تهذيب ادب القاضي للخصاف وصاحب الهداية
وذكر شمس الائمة فيما اذا قال الفروع حين سألهم عن عدالة الاصول لا نخبرك بشيء لم تقبل شهادة الفروع
في ظاهر الرواية لان هذا ظاهر في الجرح كما لو قالوا نتهمهم في هذه الشهادة ثم قال وروي عن محمد انه لا يكون
جرحا لانه يحتمل كونه توقفا في حالهم فلا يثبت جرحا بالشك انتهى وعن ابي يوسف مثل هذه الرواية عن محمد

اذا ... عدالة الاصول ...

انها تقبل

انها تقبل ويسأل غيرهما ولو قالا لا نعرف عدالتهما ولا عدمها فكذا الجواب فيما ذكره ابو علي السغدي وذكر الحلواني
انها تقبل ويسأل عن الاصول وهو الصحيح لان الاصل بقي مستورا فيسأل عنه كذا في فتح القدير وتبطل شهادة
الفرع بانكار الاصل الشهادة يعني ان قال الاصول ما لنا في هذه الحادثة شهادة ثم جاء الفروع يشهدون على شهادتهم
لم تقبل شهادة الفروع لان التحميل لم يثبت بالتعارض بين خبر الاصول وخبر الفروع والتحميل شرط صحة
شهادة الفروع فرع ولو ارتد شاهد الاصل ثم اسلم لم تقبل شهادة الفرع لان بالردة بطل الاشهاد ولو ردت
شهادة الفروع لتهمة في الاصول ثم تاب الاصول لم تقبل شهادة الاصول ولا الفروع لان الفروع نقلوا شهادة
الاصول فالمردود شهادة الاصول كذا في الاختيار فاذا شهدا على شهادة اثنين يعني اذا شهد فرعان على
شهادة اصلين على فلانة بنت فلان الفلانية وقالا اي الفرعان اخبرنا الاصلان انهما اي الاصلين يعرفانها
اي الفلانة وجاء المدعي بامرأة لم يدريا انها هي ام لا اي قال الفرعان لا نعلم ان هذه المرأة هي الفلانية
ام لا قيل للمدعي هات اي ائت بشاهدين يشهدان انها هي اي بان هذه المرأة هي فلانة الفلانية بعينها
حتى اجيز الشهادة وذلك لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت بالشهادة المذكورة بالفروع والمدعي
يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريف الحاضرة بتلك النسبة التي بها شهد عليها ونظير هذا اذا تحملوا
شهادة ببيع محدود بذكر حدوده وشهدوا على المشتري بعدما انكر ان يكون المحدود بها في يده لا بد من شاهدين
آخرين يشهدان بان المحدود بها في يد المدعى عليه وكذا اذا قال المدعى عليه الذي في يدي غير محدود بهذه الحدود
وكذا في نقل الشهادة يعني فيما اذا كتب قاضي بلد كذا الى آخر شاهدان شهدا عندي ان فلان بن فلان
الفلاني على فلان بن فلان كذا فاقض عليه بذلك فاحضر المدعي فلانا في مجلس القاضي المكتوب اليه ودفع
اليه الكتاب يقول القاضي هات شاهدين ان هذا الذي احضرته فلان المذكور في هذا الكتاب ليكمل الاشارة
اليه في القضاء وذلك لان كتاب القاضي الى القاضي في معنى الشهادة فان قيل اذا كان كتاب
القاضي في معنى الشهادة على الشهادة ينبغي ان لا يقبل قول القاضي وحده لانه كشهادة الفرع على الاصلين
بما شهدا به فالجواب ان للقاضي كمال ديانة ووفور ولاية ليست للشهود فقام مقام الاثنين فانفرد بالنقل
فان قالا اي الشاهدان فيهما اي في الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي الى القاضي هي فلانة بنت فلان التميمية
لا يجوز حتى ينسباها اي الفلانة الى فخذها يعني عند عدم ذكر الجد والمراد من الفخذ هاهنا القبيلة الخاصة التي ليس دونها
اخص منها وهذا على احد قولي اللغويين وهو في الصحاح وفي الجمهرة جعل الفخذ دون القبيلة وفوق البطن وانه
بتسكين الخاء والجمع افخاذ وجعله في ديوان الادب بكسر الخاء وانه اقل من البطن وكذا ذكر صاحب الكشاف والزبير
فقال العرب على ست طبقات شعب وقبيلة وعمارة وبطن وفخذ وفصيلة فالشعب يجمع القبائل والقبيلة تجمع
العمائر والعمارة تجمع البطون والبطن تجمع الافخاذ والفخذ تجمع الفصائل فمضر شعب وكذا ربيعة ومذحج وحمير
وسميت شعوبا لان القبائل تتشعب منها وكنانة قبيلة وقريش عمارة وقصي بطن وهاشم فخذ
والعباس فصيلة وعلى هذا فلا يجوز الاكتفاء بالفخذ ما لم ينسبها الى الفصيلة لانها دونها ولذا قال تعالى وفصيلته
التي تؤويه والشعب بفتح الشين والعمارة بكسر العين ثم انما لم يكتف بذكر التميمية لانها نسبة عامة
فلا يحصل بها التعريف وهو المقصود بذكر ذلك وهذا لان التميمية عامة بالنسبة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون
فلم يكون بينهم نسبا اتحدت اساميهن واسامي آبائهن ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانه خاصة والتعريف به يتم

[illegible]

يذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف على ظاهر الروايات ونقل في الفصول عن قاضي خان ان حصل التعريف باسمه واسم ابيه ولقبه لا يحتاج الى ذكر الجد وان كان لا يحصل بذكر الاب والجد لا يكتفي بذلك في الفصل الثاني عشر وفي الفصل العاشر من فصول الاستروشني رأيت بخط ثقة لو ذكر اسمه واسم ابيه ونحوه وصناعته ولم يذكر الجد تقبل وشرط التعريف ذكر ثلاثة اشياء فعلى هذا لو ذكر اسمه ولقبه واسم ابيه هل يكفي فيه اختلاف المشايخ والصحيح انه لا يكفي وفي اشتراط ذكر الجد اختلاف واذا قضى القاضي بدون ذكر الجد ينفذ لانه وقع في فصل مجتهد فيه قال كذا رأيت في بعض الشروط ولا يخفى ان ليس المقصود من التعريف ان ينسب الى ان يعرفه القاضي لانه قد لا يعرفه القاضي ولو نسبه الى مائة جد والى صناعته ومحلته بل ليثبت بذلك الاختصاص ويزول الاشتراك فانه قلما يتفق اثنان في اسمهما واسم ابيهما وجدهما او صناعتهما ولقبهما فما ذكر عن قاضي خان من انه لو لم يعرف مع ذكر الجد لا يكتفي بذلك لا وجه منه مانقل في الفصول من ان شرط التعريف ذكر ثلاثة اشياء غير انهم اختلفوا في اللقب مع الاسم هل هما واحد او لا او بذكر الفخذ فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لان الفخذ اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجد الادنى في النسبة وهو ابو الاب او بنسبته خاصة فينسب الى محل يحصل به الاختصاص ويزول الاشتراك في حق من لا يعرف له نسبة الى جد مشهور مثل ان يقول الفرغانية وكذا البلخية كما ذكره ابو الليث كذا في فتح القدير وفي الفرق بين النسبة الخاصة والعامة اقوال ومختار المصنف في الاختيار وهو قوله والنسبة الى المصر او الى المحلة الكبيرة عامة والى السكة الصغيرة خاصة فالحاصل ان التعريف لا بد منه ولا يحصل الا بذكر لان النسبة الى القبيلة كبني تميم لا يحصل بها التعريف لانهم لا يحصون فلا بد من التعريف بالفخذ وهي القبيلة الخاصة وكذا ذكر الاب لان كثيرا ما يقع الاشتراك في اسم الانسان واسم ابيه واما الاشتراك مع ذلك في اسم الجد فنادر فيحصل التعريف والنسبة الى المصر والمحلة الكبيرة عامة لانهم لا يحصون والى السكة الصغيرة خاصة انتهى كلام الاختيار

باب الرجوع عنها

وهو امر مشروع مرغوب فيه ديانة لان فيه خلاصا من عقاب الكبيرة والاصل فيه قول عمر في كتاب العاقبة فلا يمنعك قضاء قضيته وراجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك ان تراجع فيه الحق فان الحق قديم لا يبطل والرجوع الى الحق خير من التمادي في الباطل فكذلك ههنا لان المعنى يجمعها لان الرجوع عن الشهادة الباطلة رجوع من الباطل الى الحق والرجوع قوله شهدت بزور وما شابهه لا يصح الرجوع عنها الا عند قاض سواء كان هو القاضي المشهود عنده او غيره وذلك لانه يحتاج فيه الى حكم الحاكم بفسخ الشهادة بمقتضى الرجوع فلا بد من مجلس القاضي كما في الشهادة ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان وشهادة الزور جناية في مجلس الحكم فالتوبة عنها تتقيد به كذا في الاختيار والعناية وزاد جماعة في صحة الرجوع ان يحكم القاضي برجوعهما وتضمينهما المال واليه اشار صاحب الهداية بقوله واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما عند غيره اي غير القاضي واراد يمينهما انهما لم يرجعا لا يحلفان وكذا لو اقام البرهان على هذا الرجوع لا يقبل برهانه عليه لانه ادعى رجوعا باطلا لان اقامة البينة والزام اليمين تترتبان على دعوى صحيحة ودعوى الرجوع في غير مجلس القاضي باطلة وهذا بخلاف ما لو ادعى وقوعه اي وقوع الرجوع عند قاض آخر وتضمينه اياهما حيث يقبل برهانه لان سبب قبوله صحيح وهو دعوى الرجوع في مجلس الحاكم فهذا المذكور في الهداية ايضا ظاهر في تقييد صحة الرجوع على القضاء بذلك ونقل هذا عن شيخ الاسلام واستبعد بعضهم من المحققين توقف صحة الرجوع على القضاء بالرجوع او بالضمان

وترك

وترك بعض المتأخرين من مصنفي الفتاوى هذا القيد وذكر انه انما تركه تعويلا على هذا الاستبعاد ويتفرع على اشتراط المجلس انه لو اقر شاهد بالرجوع في غير المجلس واشهد على نفسه به وبالتزام المال لا يلزمه شيء ولو ادعى عليه بذلك لا يلزمه اذ اتصادقا ان لزوم المال عليه كان لهذا الرجوع ولو اقر في مجلس قاض انه رجع عند قاض كذا صح باعتبار هذا رجوعا عند هذا القاضي لا الذي اسند رجوعه اليه ولو رجعا عند القاضي ثم جحدا تقبل البينة عليهما ويقضي بالضمان عليهما فان رجعا قبل الحكم لا يحكم للتناقض بين كلاميهما حيث قالا نشهد بكذا ثم قالا لا نشهد به ولان كلام الذي ناقض به وهو المتأخر في احتمال الصدق كالاول فليس القضاء باحدهما بعينه اولى من الآخر فتوقف كل منهما ولو يعزر الشهود سواء رجعوا قبل القضاء او بعده ولا يخلو عن نظر لان الرجوع ظاهر في انه توبة عن تعمد الزور ان كان تعمده او عن التهور والعجلة ان كان اخطأ فيه ولا تعزير على التوبة وعلى ذنب ارتفع بها وليس فيه حد مقدر وان رجعا بعده اي بعد الحكم لا ينقض الحكم لما ان الكلام الثاني ليس اولى من كلاميهما الاول ولا الاول اولى من الثاني فتعارضا فلا مرجح قبل الحكم وبعده ترجح الاول باتصال القضاء به لانه مؤكد بحكمه وقع في حال لا معارض له فيه فلا ينقض الاقوى بالادنى ولكن ضمنا اي الشاهدان ما اتلفاه بها اذا قبض المدعي ما ادعاه وانما كانا متلفين بسبب لزوم حكم شهادتهما اعني القضاء الذي لا يجوز نقضه بالرجوع مع العلم بانه لا ينقض القضاء به كانا معترفين بان تسببهما في ذلك الاتلاف كان تعديا لانه وقع على خلاف الحق والتسبب في الاتلاف تعديا سبب للضمان وكان ابو حنيفة يقول اولا ينظر الى حال الشهود ان كان حالهم عند الرجوع افضل من حالهم وقت الاداء في العدالة صح رجوعهم في حق انفسهم وفي حق غيرهم فيعزرون وينقض القضاء ويرد المال على المشهود عليه وان كانوا عند الرجوع كحالهم عند الاداء او دونه يعزرون ولا ينقض القضاء ولا يجب الضمان على الشاهد وهذا قول استاذه حماد بن سليمان ثم رجع الى انه لا يصح رجوعه في حق غيره على كل حال فلا ينقض القضاء ولا يرد المال على المقضي عليه لما قلنا وهو قولهما وقال الشافعي لا ضمان عليهما لانهما سببا الاتلاف ولا معتبر بالسبب عند وجود المباشر قلنا وجب عليهما لانهما سببا الاتلاف على وجه التعدي وذلك يوجب الضمان اذا لم يمكن اضافته الى المباشر وههنا كذلك لان المباشر هو القاضي واضافة الضمان اليه متعذرة لانه كالملجأ الى القضاء بشهادتهما لانه بالمأثم يفسق وليس بملجئ حقيقة لان الملجأ من خاف على نفسه العقوبة في الدنيا والقاضي ليس كذلك ولان في ايجابه عليه صرف الناس عن تقلد القضاء وذلك ضرر عام فيتحمل ضرر الخاص لاجله ويتعذر استيفاؤه من المدعي ايضا لان الحكم ماض لما تقدم فاعتبر التسبيب دينا كان ما ادعاه او عينا وهو اختيار شمس الائمة لان الضمان بالاتلاف والاتلاف يتحقق بالقبض وفي ذلك لا يتفاوت بين العين والدين ولان مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين اخذ العين والزام الدين وفرق شيخ الاسلام بين العين والدين فقال ان كان المشهود به عينا فللمشهود عليه ان يضمن الشاهد بعد الرجوع وان لم يقبضها المدعي وان كان دينا فليس له ذلك حتى يقبضه وذلك لان ضمان الاتلاف وضمان الاتلاف مقدر بالمثل فاذا كان المشهود به عينا فالشاهدان بشهادتهما ازالاه عن ملكه اذا اتصل القضاء بها ولهذا لا ينفذ فيه تصرف المشهود عليه بعد ذلك فبازالة العين عن ملكه باخذ الضمان لا تنتفي المماثلة واذا كان دينا فبازالة العين عن ملكها قبل القبض تنتفي المماثلة ولطالب ان الملك وان ثبت للمقضي له بالقضاء ولكن المقضي عليه يزعم ان ذلك

[illegible]

باطل وان المال في يده ملكه فلا يكون له ان يضمن الشاهدين شيئا مالم يخرج مال من يده بقضاء القاضي فان رجع احدهما ضمن نصفا والعبرة في باب الرجوع عن الشهادة لمن بقي لا لمن رجع لان وجوب الحق في الحقيقة بشهادة الشاهدين وجاز دونه وفصل في حق القضاء الا ان الشهود اذا كانوا اكثر من اثنين يضاف القضاء ووجوب الحق الى الكل لاستواء حالهم واذا رجع واحد زال الاستواء وظهر اضافة القضاء الى المثنى فاذا شهد اثنان فرجع احدهما ضمن النصف لانه بقي بشهادة من بقي نصف الحق فان قيل لا نسلم ذلك فان الباقي فرد لا يصلح لاثبات شيء به ابتداء فكذا بقاء اجيب بان البقاء اسهل من الابتداء فيجوز ان يصلح في البقاء للاثبات حال لا يصلح للابتداء لذلك كما في النصاب فان بعضه لا يصلح في الابتداء لاثبات الوجوب فان شهد ثلاثة ورجع واحد منهم لا يضمن على الراجع لانه بقي كل الحق ببقاء الشاهدين واستحقاق المدعي للمشهود به باق بالحجة التامة واستحقاق المتلف ليسقط الضمان كما اذا اتلف انسان مال زيد فقضى القاضي له على المتلف بالضمان ثم استحق المتلف عمرو واخذ الضمان من المتلف يسقط الضمان الثابت لزيد بقضاء القاضي على المتلف فلان يمنعه بطريق الاولى لان الدفع اسهل من الرفع وما نحن فيه من هذا القبيل فان بالرجوع التلف على المشهود له حصته التي اثبتها له بشهادته له وصارت مستحقة للمشهود عليه لبقاء من يثبت كل الحق به ظهر استحقاق المشهود له لذلك الحصة دون المشهود عليه فيدفع الضمان للمشهود عليه فان رجع آخر من الثلاثة ضمنا اي الراجعان نصفا لان ببقاء الثالث يبقى نصف الحق فلو قال الراجع الاول كيف اضمن برجوع الثاني مالم يلزمني ضمانه برجوع نفسي وقت رجوعي لا يقبل هذا كما لا يقبل قول احدهم لو رجع الثلاثة لا يلزمني شيء لان غيري يثبت به كل الحق فرجع غيري فوجب عليه لا علي وحقيقة الوجه ان تلف النصف وان كان مما يستقل به رجوع واحد اذا فرض تحققه مع رجوع جماعة يجب ان يضمنوا الضمان لانه ليس احدهما اولى به من الآخر فان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربعا لبقاء ثلاثة الارباع ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا نصفا لان نصف الحق باق ببقاء شهادة الرجل وان شهد رجل وعشرة نسوة فرجع ثمان لا يضمن شيئا لانه بقي من يبقى ببقائه كل الحق فان رجعت اخرى ضمن التسع ربعا لبقاء نصف الحق ببقاء شهادة الرجل وربعه ببقاء شهادة المرأة الباقية فبقي ثلاثة الارباع وان رجع العشر ضمن نصفا لبقاء النصف ببقاء الرجل وان رجع الكل اي الرجل والعشر النسوة فعلى الرجل سدس الحق وعليهن خمسة اسداس الحق عنده وعندهما عليهم اي على الرجل نصف وعليهن نصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا مع رجل وتعين للقيام بنصف الحجة فلا يتغير [illegible] هذا الحكم بكثرة النساء واذا ثبت نصف الحق بشهادته ضمنه عند الرجوع وله ان كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد بالنصف قال عليه السلام في نقصان عقلهن عدلت شهادة كل اثنتين منهن بشهادة رجل واحد واذا كان كذلك صار كانه شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا كذا في الهداية وفي وجه دلالة الحديث على ذلك نظر واتمام ان لو قال عدلت شهادة كل اثنتين منهن شهادة رجل والجواب انه اطلق ولم يقيد ان ذلك في الابتداء او مكررا فكان الاطلاق كالعموم كل ذكره في العناية وان شهد رجلان وامرأة واحدة ورجعوا فالغرم على الرجلين خاصة لان المرأة الواحدة ليست شاهدة بل بعض شاهد لان المرأتين شاهد واحد فشهادة الواحدة شطر علة وشطر العلة لا يثبت به شيء

فلم يكن

فلم يكن القضاء الا بشهادة الرجلين فلا تضمن المرأة عند رجوعها شيئا من المال ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجع رجل وامرأة وجب ضمان نصف المال لبقاء من يبقى بشهادته نصف المال اعني المرأتين ثم هو على الرجل خاصة عندهما لثبوت النصف بشهادة الرجل والنصف بشهادة النساء وينبغي في قياس ابي حنيفة ان النصف اثلاثا على الرجل والمرأة لان القضاء بها بشهادة الكل من الرجل والنساء على الشيوع ثم يقام كل امرأتين مقام رجل فثلاث نسوة مقام رجل ونصف فان رجعوا جميعا فعندهما ايضا انصافا وعنده اخماسا على النسوة ثلاثة اخماس وعلى الرجل خمسان ذكره ابن الهمام ولا يضمن راجع شهد بنكاح بمهر مسمى عليها او عليه يعني اذا ادعى رجل على امرأة نكاحها بقدر مهر مثلها او ادعاه باقل بان ادعاه بمائة ومهر مثلها الف فشهد بذلك شاهدان فقضى بمقتضى شهادتهما ثم رجعا لا يفسخ النكاح برجوعهما ولا يضمنان شيئا في الصورتين هكذا ذكر في الهداية وذكر في المنظومة في صورة النقصان انهما يضمنان ما نقص عن مهر مثلها عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف وتبعه صاحب المحيط وما ذكره صاحب الهداية هو المعروف وعليه صاحب النهاية وغيره من الشارحين لم ينقلوا سواه خلافا ولا رواية وهو المذكور في الاصول كالمبسوط وشرح الطحاوي والذخيرة وغيرها وانما نقلوا فيها خلاف الشافعي فلو كان لهم شعور بهذا الخلاف الثابت في المذهب بين الائمة الثلاثة لم يعرضوا عنه بالكلية ويشتغلوا بنقل خلاف الشافعي وذكروا وجهه بان البضع متقوم لثبوت تقومه حال الدخول كذا في غيره لانه في حال الخروج عين ذلك الذي ثبت تقومه واجابوا بالحاصل توجيه صاحب الهداية بان تقومه حال الدخول ليس الا لاظهار خطره حيث كان منه النسل المطلوب في الدنيا والآخرة وغير ذلك من النفع كما شرطت الشهادة على العقد عليه دون سائر العقود لذلك لا لاعتباره متقوما في نفسه كالاعيان المالية لانه لا يرد الملك على رقبته والمنافع لا تتقوم فلا تضمن لان التضمين يستدعي المماثلة بالنص ولا مماثلة بين الاعيان التي تحرز وتتمول والاعراض التي تتقوم ولا تبقى وفرع في النهاية على الاصل المذكور خلافيه فيما اذا شهدوا بالطلاق الثلاث ثم رجعوا بعد القضاء بالفرقة لم يضمنوا عندنا وكذا اذا قتل رجل امرأة رجل لا يضمن القاتل لزوجها شيئا وكذا اذا ارتدت المرأة لا شيء عليها لزوجها وعنده عليها وعلى القاتل مهر المثل واورد على قولنا نقضا انهم اوجبوا الضمان باتلاف منافع البضع حقيقة فيما اذا اكره مجنون امرأة فزنى بها يجب في ماله مهر المثل فكذا في الاتلاف الحكمي واجاب نقلا عن الذخيرة بانه في الاتلاف الحقيقي بالشرع على خلاف القياس والحكمي دونه فلا يكون الوارد فيه واردا في الحكمي ونظيره ما في شرح الطحاوي لو ادعى انه استأجر الدار من هذا شهرا بعشرة واجرة مثلها مائة والموجر ينكر فشهدا بذلك ثم رجعا لا ضمان عليهما لانهما اتلفا المنفعة لا ضمان عليه وكذا لا ضمان عليهما اذا شهدا على رجل بتزوج امرأة بمهر مثلها بان ادعت امرأة عليه بذلك فشهدا ثم رجعا لا يفسخ النكاح على كل حال بعد ما قضى به ولا يضمنان ما اتلفاه عليه من مهر المثل لانهما عوضا ملك البضع وهو متقوم حال ورود التملك عليه والاتلاف بعوض كلا اتلاف وانما كان كذلك لان مبنى الضمان على المماثلة كما ذكرنا ولا مماثلة بين الاتلاف بعوض وهو الثابت في حق الزوج والاتلاف بلا عوض وهو الذي يحكم به على الشاهدين الا ما زاد على مهر المثل فانه لو شهد باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة على مهر المثل للزوج لانهما اتلفاها بلا عوض وهي من الاعيان التي تقع المماثلة بالتضمين فيها الكل من شروح الهداية ولا يضمن ايضا من شهد بطلاق بعد الدخول ثم رجع لان المهر تأكد بالدخول فلم يتلف شيئا ويضمن من شهد في الطلاق قبل الدخول نصف المهر اذا رجعا لانهما اكدا ما كان على شرف السقوط بالارتداد او بمطاوعة ابن الزوج وعلى المؤكد ما على الموجب لشبهه به الا يرى ان المحرم اذا اخذ صيدا فذبحه شخص

في يده فانه يجب الجزاء على المحرم ويرجع به على القاتل لانا كذا كان على شرف السقوط بالتخلية كذا في العناية هذا اذا كان
في العقد مهر مسمى وان لم يكن ضمنا المتعة لانها الواجبة فيه ذكره ابن الهمام ولو شهدا بالطلاق وآخران انه دخل بها
ثم رجعوا ضمن شهود الدخول ثلاثة ارباع المهر وشهود الطلاق ربعه لان الفريقين اتفقا على النصف فيكون على كل
فريق ربعه وانفرد شهود الدخول بالنصف فينفردون بضمانه كذا في الاختيار ويضمن الراجع في البيع ما نقص عن
قيمة المبيع يعني اذا شهدا ببيع شئ بمثل القيمة او اكثر بان ادعى ذلك مدع فشهدا به ثم رجعا لم يضمنا لانه ليس
باتلاف معنى نظرا الى العوض وان شهدا به باقل من القيمة ثم رجعا ضمنا نقصان القيمة لانهما اتلفا هذا القدر
عليه بلا عوض هذا اذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقد الثمن ثم رجعا فاما ان يضمنا هما في شهادة واحدة بان
يشهدا انه باعه هذا بالف واوفاه الثمن او في شهادتين بان شهدا بالبيع فقط ثم شهدا بان المشتري اوفى
الثمن ففي الاول يقضى عليهما بقيمة المبيع لا بالثمن وفي الثاني يقضى عليهما بالثمن للبائع ثم قال صاحب الهداية ولا
فرق بين كون البيع باتا او فيه خيار البائع لان السبب يعني البيع هو السابق حتى استحق المشتري المبيع بزوائده
وقد ازالاه بشهادتهما فيضاف الحكم اليه عند سقوط الخيار اليه فانضاف التلف الى الشهود ولذا لو شهدا بالبيع
على ان فيه خيار المشتري ومضت المدة ولم يفسخ وفي قيمة البيع نقصان عن الثمن الذي شهدا به ضمنا ولو ان الشهود
عليه بالشراء اخذه في المدة سقط الضمان عنهما لانه اتلف ماله باختياره كما لو اجازه البائع في شهادتهما بالخيار له ثم
ما نقص عن القيمة ليسقط ايضا ويضمن في العتق القيمة يعني لو شهدا انه اعتق عبده فقضى بالعتق ثم رجعا قيمته ضمنا
لانهما اتلفا عليه مالا متقوما بلا عوض فيضمنان سواء كانا موسرين او معسرين لانه ضمان اتلاف وهو لا يتقيد باليسار
والولاء للمولى لان العتق من جهته وهو وان كان منكرا للعتق صار مكذبا شرعا وانما لا يتحول الى الشاهدين بضمانهما لان
العتق لا يقبل الانتقال ولا يكون الولاء عوضا منافيا للضمان لانه ليس بمال بل هو كالنسب سبب يورث به ولو
كانا شهدا بتدبير العبد وقضى به كان عليهما ضمان ما بين قيمته مدبرا وغير مدبر وان مات المولى بعد رجوعهما
فعتق من ثلث تركته كان عليهما بقية قيمته عبدا للورثة ولو شهدا بالكتابة ضمنا تمام قيمته ثم اذا ضمنا تبعا
المكاتب على نجومه لانهما قاما مقام المولى حين ضمنا قيمته وولاؤه للذي شهدا عليه بالكتابة وان عجز فرد في الرق
كان لمولاه لان رقبته لم تصر مملوكة للشاهدين بالضمان لان المكاتب لا يقبل النقل من ملك الى ملك ويرد المولى
ما اخذ منهما لزوال حيلولتهما برده في الرق فهو كغاصب المدبر اذا ضمن قيمته بعد اباقه ثم رجع مردودا على المولى
ويرد المولى على الغاصب ما اخذه منه ولو كانا شهدا على اقراره بان هذه الامة ولدت منه فقضى بذلك ثم
رجعا ضمنا للمولى نقصان قيمتها وذلك بان تقوم امة وام ولد لو جاز بيعها مع الامومة فيضمنان ما بين
ذلك فان مات المولى بعد ذلك فعتقت كان عليهما بقية قيمتها امة للورثة ويضمن في القصاص الدية فقط
يعني اذا شهدا بالقصاص ثم رجعا ضمنا الدية ولا يقتص منهما وهو مذهب مالك خلافا لاشهب والدية على
عاقلة الشهود ومذهب احمد ان قالا اخطأنا ضمنا الدية في مالهما وان قالا تعمدنا اقتص منهما وقال الشافعي يقتص
لوجود القتل منهما تسبيبا فاشبه المسبب الشاهد المكره بكسر الراء لانه يصير القاضي كالملجأ بشهادتهما حتى لو لم يقض
كفر بل التسبيب هنا اولى من الاكراه لان التسبيب موجب من حيث الافضاء والافضاء هنا اكثر لان المكره
لا يعان على القتل باكراهه بل يمنع وينكر عليه للعلم بانه محظور عنه وولي القصاص بعد الشهادة يعان على
قتل المشهود عليه ولا ينكر عليه احد ومع ذلك يقتص من المكره للتسبيب فمن الشاهد اولى ولنا ان القتل

ما نقص منه صح

لم صح

من الشاهد

من الشاهد لم يوجد تسبيبا لان التسبيب الى الشئ هو ما يفضي اليه غالبا وما نحن فيه ليس كذلك لان العفو
مندوب اليه قال تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى فاذا انتفى التسبيب حقيقة من الشاهد انتفى قتله بخلاف المكره
فان الاكراه يفضي الى القتل غالبا لان المكره يؤثر حيوته على حيوة غيره فكان المكره باكراهه مسببا حقيقة حيث
تثبت بفعله ما هو المفضي للقتل بسبب الايثار الطبيعي فلا يصح قياس الشاهد عليه لانتفاء الجامع وفي شرح
الجامع الكبير للعتابي اذا شهدوا على رجل انه قتل فلانا خطأ او عمدا فقضى بذلك واخذ الولي الدية
في الخطأ وقتل القاتل في العمد ثم جاء المشهود بقتله حيا فالعاقلة في الخطأ ان شاؤا رجعوا على الآخذ لانه
اخذ بغير حق ولا يرجع هو على احد وان شاؤا ضمنوا الشهود لانهم تسببوا للتلف بغير حق وهم يرجعون
على الولي لانهم ملكوا المضمون وهو الدية باداء الضمان فتبين ان الولي اخذ ما لهم وفي العمد لا يجب القصاص
على الولي ولا على الشهود لان القضاء اورث شبهة لكنه تجب الدية ويخير ورثة المقتول بين ان يضمنوا الولي
الدية ولا يرجع هو على احد وبين ان يضمنوا الشاهدين وهما لا يرجعان عند ابي حنيفة لانهم لم يملكوا المضمون
وهو الدم لانه لا يقبل التمليك لانه ليس مالا وعندهما يرجعون بما ضمنوا لان اداء الضمان انعقد سببا للملك
المضمون لكن لم يثبت الملك في المضمون لعدم قبوله فيثبت في بدله كمن غصب مدبرا وغصبه آخر ومات في يده
وضمن المالك الاول يرجع على الثاني بما ضمن لما قلنا كذا هذا كذا في فتح القدير ويضمن الفرع ان رجع لا الاصل ان
قال ما اشهدته على شهادتي يعني اذا رجع شهود الفرع ضمنوا بالاتفاق لان الشهادة في مجلس الحكم صدرت
عنهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع شهود الاصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا لم يضمنوا
ولم يذكر صاحب الهداية في هذه خلافا وصرح صاحب النهاية بان عدم الضمان بالاجماع لكن في العناية وفي
شرح القدوري لابي نصر البغدادي هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يضمنون وهو رواية عن ابي حنيفة
ثم قال صاحب الهداية في وجهه ان شهود الاصل انكروا السبب وهو الاشهاد وذلك لا يبطل القضاء لانه خبر
يحتمل الصدق والكذب فصار كرجوع الشاهد بعد القضاء لا ينقض به الشهادة لهذا بخلاف ما اذا انكروا
الاشهاد قبل القضاء لا يقضى بشهادة الفرعين كما اذا رجعوا قبله ولو قال الاصل اشهدته اي الفرع ولكن
غلطت او قال اشهدته ورجعت عن ذلك ضمن الاصل اطلقه القدوري ولكن صاحب الهداية
صرح بان الضمان قول محمد فتبعه المصنف فقال عند محمد لا عندهما وهكذا في الاختيار لهما ان القضاء
انما وقع بشهادة الفروع لانهم يشهدون بشهادة الاصول فهو كما اشهدوا بحق آخر انما يقضى به
بشهادتهم وهذا لان القاضي انما يقضي بما عاين من الحجة وهو شهادتهما واذا ثبت ان القضاء ليس بشهادتهما
لم يضمن غيرهما وله ان الفرعين نقلا شهادتهما الى المجلس ووقع القضاء بها كانهما حضرا بانفسهما وادّيا
فاذا رجعا ضمنا فان رجع الاصل والفرع جميعا ضمن الفرع فقط عند ابي حنيفة وابي يوسف بناء على ما
عرف لهما من ان القضاء انما وقع بشهادة الفروع والضمان انما يلزم برجوع من يقضى بشهادته وعند محمد
يضمن المشهود عليه اي الفريقين شاء عملا بالدليلين وذلك لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه
الذي ذكراه وبشهادة الاصول من الوجه الذي ذكره محمد والعمل بهما اولى من اهمال احدهما وقول الفرع كذب
اصلي او غلط ليس بشئ لا يلتفت اليه في الشرع فلا يبطل به القضاء لانه خبر محتمل ولا ضمان عليهم لانهم
ما رجعوا عن شهادتهم وانما شهدوا على غيرهم بالرجوع وذلك لا يفيد شيئا وان رجع المزكي عن التزكية فضمن

فاذا شهدوا بالزنى وزكوا فرجم المشهود عليه ثم ظهر الشهود عبيدا او كفارا فان ثبتوا على التزكية فلا ضمان
عليهم لانهم اعتمدوا على ما سمعوا من اسلامهم وحريتهم ولم يتبين كذبهم بما اخبروا من قول الناس انهم احرار
مسلمون ولا على الشهود لانه لم يتبين كذبهم ولم تقبل شهادتهم اذ لا شهادة للعبيد والكفار على المسلمين
فالدية في بيت المال وان رجعوا عن تزكيتهم وقالوا تعمدنا ضمنوا عند ابي حنيفة خلافا لهما لان المزكين اثبتوا
سبب الاتلاف لانه الزنى وما تعرضوا له انما اثنوا على الشهود خيرا ولا ضمان على المثني كشهود الاحصان
وله ان التزكية اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل بالشهادة الا بالتزكية وكل ما هو كذلك فهو بمنزلة علة العلة
من حيث التأثير وعلة العلة كالعلة في اضافة الحكم اليها وانما قلنا بمنزلة علة العلة لان الشهادة ليست بعلة
وانما هي سبب اضيف الحكم اليه لتعذر الاضافة الى العلة بخلاف شهود الاحصان كما اشار اليه المصنف بقوله
ولا يضمن شاهد الاحصان برجوعه فانه شرط محض لان الشهادة على الزنى بدون الاحصان موجبة للعقوبة
وشهود الاحصان ما جعلوا غير الموجب موجبا ولو رجع شاهد اليمين وشاهد الشرط ضمن شاهد اليمين خاصة
يعني اذا شهدوا على رجل انه قال لعبده ان دخلت هذه الدار فانت حر او قال ذلك لامرأته قبل الدخول بها [illegible]
الدار وآخران على دخوله ثم رجعوا جميعا فالضمان لقيمة العبد ولنصف المهر على شهود اليمين عندنا خاصة
خلافا لزفر فانه يقول الضمان عليهم بالسوية لان التلف حصل بشهادتهم ولنا ان السبب هو اليمين لا محالة
والتلف يضاف الى السبب دون الشرط المحض لان السبب اذا صلح لاضافة الحكم اليه لا يضاف الى الشرط
المحض كما في الجرح الملقي فان الضمان عليه دون الحافر فان القاضي يسمع الشهادة باليمين ويحكم بها وان
لم يشهد بالدخول ولو رجع شاهد الشرط وحده اختلف المشايخ فيه مال شمس الائمة السرخسي الى عدم وجوب
الضمان على شهود الشرط وفيما اذا كان اليمين ثابتة باقرار المولى ورجع شهود الشرط ظن بعض المشايخ
انهم يضمنون لان العلة لا يصلح لاضافة الحكم اليها ههنا فانها ليست بتعد فيضاف الى الشرط خلفا عن العلة
وشبهه بحفر البئر قيل وهو غلط بل الصحيح من المذهب ان شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في الزيادات
لان قوله انت حر مباشرة لاتلاف المالية وعند وجود مباشرة الاتلاف يضاف الحكم الى العلة دون الشرط
سواء كان بطريق الاتلاف او الاخلاف مسئلة الحفر فان العلة هناك ثقل الماشي وليس في ذلك من مباشرة
الاتلاف في شيء فلذلك جعل الاتلاف مضافا الى الشرط ومن علم انه شهد زورا آخر حكم شهادة
الزور لانها خلاف الاصل اذ الاصل الصدق لان الاصل في الفطرة كونها على الحق والانحراف عنه لعارض
من قبل النفس والشيطان وشاهد الزور لا يعرف الا باقراره بذلك ولا يحكم به بمجرد شهادته بخلاف
الدعوى او الشاهد الآخر او تكذيب المدعي له اذ قد يكون محقا في المخالفة او للمدعي غرض في اداء [illegible] وزاد شيخ
الاسلام ان يشهد بموت واحد فجاء حيا ولو قال غلطت وظننت ذلك ليس بها بمعنى كذبت لاقراره
بالشهادة بغير علم فاذا ثبت كونه شاهد زور قال ابو حنيفة يشهر اي عزر بتشهيره على الملأ في الاسواق
ليس غير وقالا يعزر يعني لا يضرب ولا يحبس وعندهما يوجع ضربا ويحبس فالحاصل التعزير متفق عليه غير ان
ابا حنيفة اكتفى فيه بتشهير حاله في الاسواق وقال يكون ذلك اشد عليه من الضرب خفية وهما اضافا الى
ذلك الضرب [illegible] قال الشافعي ومالك لهما ما روي ان عمر رضه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا
رواه ابن ابي شيبة وروى ابن ملك ان عمر كتب الى عماله بالشام في شاهد الزور يضرب اربعين سوطا ويسخم

وجهه

وجهه ويلقى عمامته في عنقه ويطاف به في القبائل ولابي حنيفة ان شريحا رضه كان يشهر ولا يضرب روى محمد بن
الحسن في كتاب الآثار انبأنا ابو حنيفة عن الهيثم عمن حدثه عن شريح انه كان اذا اخذ شاهد الزور فان
كان من السوق قال للرسول قل لهم ان شريحا يقرئكم السلام ويقول لكم انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه
وان كان من العرب ارسل به الى مسجد قومه اجمع ما كانوا فقال للرسول مثل ما قال في المرة الاولى وقد يقال
ليس في هذه ما يصرح بانه لم يضرب بل انه فعل ذلك ولا ينفي هذا ان يكون مع شيء آخر ثم وجدنا هذا المحتمل مرويا
قال عبد الرزاق انا الثوري عن الجعد بن ذكوان قال اتي شريح بشاهد زور فنزع عمامته عن رأسه وخفقه
بالدرة خفقات وبعث به الى المسجد يعرفه الناس غير ان ابا حنيفة قال ان فرضنا انه وقع الضرب فقد قلنا
انه انما يعرف شاهد زور باقراره فكان ذلك قبل ان يدرس شاهد الزور الراجع انه يفعل به ذلك فقد
كان يظن انه لا يحبس ولا يضرب فرجع فحين ترتب على رجوعه الضرب وصار ذلك مستقرا في النفوس يكون
صارفا لها عن الرجوع وحاملا على التمادي فوجب ان يترك ويكتفى بما ذكرت من التعزير هذا بعد العلم بانه كان من
كان هذا منه بطريق الاجتهاد وبالنقل عن رسول الله عليه السلام لجاز ان يجتهد في نفيه باعتبار ثبوت معنى
آخر واما الجواب بانه ما روي عن ضرب عمر والتسخيم كان سياسة فاذا رأى الحاكم ذلك مصلحة كان له ان يفعله
فقد يرد بما ذكرنا من كتابة عمر الى عماله في البلاد واما الاستدلال على انه سياسة بالتبليغ الى الاربعين ولا يبلغ
بالتعزير الى الحدود فليس بشيء لان ذلك مختلف فيه من العلماء من يجيزه وقد اجاز عالم المذهب ابو يوسف ان
يبلغ به خمسة وسبعون وتسع وتسعون فجاز كون رأي عمر رضه كذلك واما كون التسخيم مثلة منسوخة فقد
يكون رأي عمر رضه ان المثلة ليست الا في قطع الاعضاء ونحوه مما يفعل في البدن ويدوم لا باعتبار عرض فيزول
واعلم انه قد قيل ان المسئلة على ثلاثة اوجه ان رجع على سبيل الاصرار مثل ان يقول لهم شهدت في هذه بالزور
ولا ارجع عن مثل ذلك فانه يعزر بالضرب بالاتفاق وان رجع على سبيل التوبة لا يعزر اتفاقا وان كان لا يعرف حاله
فعلى الخلاف المذكور وقيل لا خلاف بينهم فجواب ابي حنيفة في التائب لان المقصود من التعزير الانزجار وقد انزجر
بداعي الله تعالى وجوابهما فيمن لم يتب ولا يخالف فيه ابو حنيفة كذا في فتح القدير ثم انه اذا تاب هل تقبل شهادته
ذلك اولا ان كان فاسقا تقبل لان الحامل له على الزور فسقه وقد زال وعدة ظهور التوبة عند بعض المشايخ
ستة اشهر وعند آخرين سنة قالوا والصحيح انه مفوض الى رأي القاضي وان كان مستورا لا تقبل اصلا
وكذا ان كان عدلا على رواية بشر عن ابي يوسف لان الحامل له على ذلك غير معلوم فكان الحال قبل التوبة وبعد
سواء وروى ابو جعفر عنه انه تقبل قالوا وعليه الفتوى كذا في العناية والنهاية

كتاب الوكالة

عقب الشهادة بالوكالة لان كلا من الشاهد والوكيل ساع في تحصيل مراد غيره والمدعي معتمد على كل منهما
ومعلوم ان الانسان خلق مدنيا بالطبع يحتاج في معاشه الى تعاضد وتعاوض والشهادة من التعاضد
والوكالة منه وقد يكون فيها التعاوض ايضا كما اذا كان وكيلا بالبيع او الشراء مثلا فصارت كالمركب
من المفرد فاوثر تأخيرها والوكالة لغة بكسر الواو وفتحها اسم للتوكيل من وكله بكذا اذا فوض امره اليه اعتمادا
عليه فيه شرفا او عجزا وتوكل قبل الوكالة واتكلت عليه اعتمدت والوكيل هو القائم بما فوض اليه من الامور
وهو فعيل بمعنى مفعول اي موكول اليه الامر اي مفوض فاذا كان قويا على الامر قادرا عليه نصوحا تم امر الموكل
فاذا رضي الله سبحانه ان يكون وكيلا عنك واعتمدت على غيره فهو الحرمان العظيم فكيف اذا اوجبه

عليك لتحقق مصلحتك فضلاً منه قال عز وجل رب المشرق والمغرب لا اله الا هو فاتخذه وكيلاً وعلى هذا استمرار
اخبائه وبرره لا آله لا اله وشرعا هى اى الوكالة وكذا التوكيل اقامة الغير اى اقامة الانسان غيره مقام نفسه
فى التصرف المعلوم فلو لم يكن التصرف معلوماً ثبت به ادنى تصرفات الوكيل وهو الحفظ فقط وفى المبسوط قال علماؤنا
فيمن قال لآخر وكلتك بمالى انه يملك بهذا اللفظ الحفظ فقط وقال الامام المحبوبى اذا قال لغيره انت وكيلى فى كل شئ
كان وكيلاً بالحفظ واما سببها فدفع الحاجة المتحققة اليها واما ركنها فالالفاظ الخاصة التى بها تثبت من قوله
وكلت ببيع هذا او بشرائه مع اقترانه بقبول المخاطب صريحاً او دلالة فيما اذا سكت فلم يقبل او يرد ثم عمل فانه
ينفذ ويظهر قبوله بالعمل وروى بشر عن ابى يوسف انه اذا قال لغيره احببت ان تبيع عبدى هذا او قال هويت
او رضيت او وافقنى او شئت او اردت ونحو ذلك فهو توكيل ولو قال لا انهاك عن طلاق زوجتى لا يكون
توكيلا فلو طلق لا يقع ولو قال لعبده لا انهاك عن التجارة لا يصير ماذونا قال الفقيه ابو الليث الجواب فى الوكالة كذلك
اما فى الاذن يجب ان يكون ماذوناً فى قول علمائنا لان العبد بسكوت المولى يصير ماذوناً وهذا فوق السكوت ذكره
فى الذخيرة ولا بد من كون المعنى فى قوله لا انهاك فى حال عدم مباشرة العبد البيع فوق سكوته اذا رآه يبيع وتقدم
آنفاً عن المحبوبى انت وكيلى فى كل شئ يكون بالحفظ قال فلو زاد فقال انت وكيلى فى كل شئ جائز صنعك او
امرك فعند محمد يصير وكيلا فى البياعات والاجارات والهبات والطلاق والعتاق حتى ملك ان يعتق على
نفسه من ماله وعن ابى حنيفة فى المعاوضات فقط ولا يلى العتق والتبرع وفى فتاوى بعض المتأخرين عليه
الفتوى وكذا لو قال طلقت امرأتك او وقفت ارضك الاصح انه لا يجوز ومثله اذا قال وكلتك فى جميع امورى
ولو قال فوضت امر مالى اليك يصير وكيلاً بالحفظ فقط وكذا فوضت امرى اليك الصحيح انه مثله وفى المبسوط اذا وكله
بكل قليل او كثير فهو وكيل بالحفظ لا بتعاوض ولا ببيع ولا بشراء وفوضت لك امر مستغلاتى وكان اجرها ملك
تقاضى الاجرة وقبضها وكذا امر ديونى ملك التقاضى وامر دوابى ملك الحفظ والرعى والتعليف وامر جمالى ملك
الحفظ والنفقة او فوضت اليك امر امرأتى ملك طلاقها واقتصر على المجلس بخلاف ما لو قال وكلتك والوصاية حال الحياة
وكالة كالوكالة بعد الموت وصاية لان المنظور اليه المعانى فوكلتك فى كل امورى واقمتك مقام نفسى ليس توكيلا
عاما فان كان له صناعة معلومة كالتجارة مثلا ينصرف الى ذلك وان لم يكن له صناعة معلومة ومعاملاته مختلفة
فالوكالة باطلة ولو قال وكلتك فى جميع الامور التى يجوز فيها التوكيل فتوكيل عام يتناول البياعات والانكحة واما
صفتها فانها من العقود الجائزة غير اللازمة حتى ملك كل من الموكل والوكيل العزل بلا رضى الآخر كما سيجئ ولكون
شرعيتها غير لازمة رد المحقق قول بعض المشايخ فيما لو قال كلما عزلتك فانت وكيلى انه لا يملك عزله لانه كلما
عزله تجدد وكالته فان تعليق الوكالة بالشرط جائز فانه يستلزم كون الوكالة من العقود اللازمة لا الجائزة فالحق
امكان عزله ثم اختلفوا فى تحقيق لفظ العزل فقيل ان يقول عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف الى المعلق
والمنجز وقيل لا يصح لان العزل فرع قيام الوكالة وذلك انما يتحقق فى المنجز لان المعلقة بالشرط عدم قبل وجود
الشرط فالصحيح ان يقول عزلتك عن الوكالة المقيدة ورجعت عن الوكالة المعلقة والرجوع عنها صحيح قال
الفقيه ابو جعفر وظهير الدين يجب ان يقدم الرجوع عن المعلقة على العزل عن المنفذة لانه اذا قدم العزل عن
المنفذة تنجز وكالة اخرى من المعلقة قيل وهذا انما يلزم اذا كان لفظ الرجوع يخص المعلقة احترازا عن قول ابى يوسف
ان الاخراج عن المعلقة بلفظ العزل لا يصح واما على قول محمد انه يجوز فلا وهو المختار واما حكمها فجواز مباشرة الوكيل

ما وكل به

ما وكل به وثبوت حكمه للموكل فلا بد من تقييده بكونه الحكم الاصلى المقصود بالذات من الفعل الموكل به والا فمن احكام
البيع التمكن من المطالبة بالثمن والمبيع والخصومة فى ذلك وليس يثبت ذلك للموكل واما شرطها كون الموكل يملك التصرف
قال فى الهداية ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام انتهى فهنا شرطان للوكالة
فى الموكل قيل انما يستقيم الاول على قولهما اما على قوله فلا لانه يجيز توكيل المسلم الذمى ببيع خمر او شرائها والمسلم لا يملكه
بالشراء عنده كون الوكيل مالكا لذلك التصرف الذى وكل به واجاب بعضهم بان المراد بملكه التصرف ان يكون له ولاية
شرعية فى جنس التصرف باهلية نفسه بان يكون عاقلا بالغا وهذا حاصل فى توكيل المسلم للذمى ببيع خمر او شرائها
ثم حمد الله على ما هداه لذلك وهو خطأ اذ يقتضى ان لا يصح توكيل الصبى المأذون لعدم البلوغ وليس بصحيح اذ
توكيل الصبى المأذون يصح بعد ان يعقل معنى البيع واورد عليه ما اذا قال بع عبدى هذا بعبد او اشترى به
عبداً صح التوكيل مع انه لا يصح مباشرة الموكل لمثل هذا كما لو قال لغيره بعتك عبدى هذا بعبد او اشتريت
هذا منك بعبد لا يجوز اجيب بالفرق بين التوكيل والمباشرة فى الجهالة فانها تمنع فى المباشرة لا التوكيل وذلك
لانها انما تمنع لافضائها الى المنازعة لا لذاتها ولذا لم تمنع فى بعض البيوع كبيع قفيز من صبرة طعام حاضر
او شرائه وجهالة الوصف لا يفضى اليها فى التوكيل لانه ليس بامر لازم بخلاف المباشرة للزومها ثم اذا صح التوكيل
بذلك فان كان بالشراء فاشترى عبداً بغير عينه لا يجوز كما لو اشترى الموكل لنفسه او بعينه ان كان قيمته
مثل قيمة العبد الثمن او اقل مما لا يتغابن فيه لا يجوز وكذا فى الوكالة بالبيع ذكره فى الذخيرة ولا يخفى ان قوله فان
كان بالشراء فاشترى عبداً بغير عينه لا يجوز كما لو اشترى الموكل بنفسه ليس على اطلاقه كما عرف من مذهبنا فى شراء
احد العبدين او الثوبين او الثلاثة بغير عينه على ان يأخذ ايها شاء يصح وهى مذكورة فى خيار الشرط من الهداية
واما الشرط الثانى وهو قوله ويلزمه الاحكام فلان الوكيل يستفيد الولاية من الموكل فلا بد من كون الموكل مالكه
ثم قيل هو احتراز عن توكيل الوكيل فان الوكيل لا يثبت له حكم تصرفه وهو الملك فلا يصح توكيله الا ان يصرح به
حقيقة او معنى وقيل بل عن الصبى والعبد المحجورين فانهما لو اشتريا شيئا لا يملكانه فلا يصح توكيلهما وصح
واورد على هذا الوجه انه يلزم صحة توكيل الوكيل بسبب انه يملك التصرف فيملك توكيله والجواب ان ملكه شرط
جواز تمليكه لا علة ليلزم من وجوده الوجود فيجوز ان لا يوجد عند وجود الشرط لفقد شرط آخر كما مع فقد العلة وشرطها
كون الوكيل يعقل العقد ويقصده ما تقدم شرط الوكالة فى الموكل وهذا شرطها فى الوكيل وهو كونه ممن يعقل العقد
ويقصده اى يعقل معناه اى ما يلزم وجوده من انه سالب بالنسبة الى كل من المتعاقدين جالب لكل منهما
فيسلب عن البائع ملك المبيع ويجلب له ملك البدل وفى المشترى قلبهما وقوله ويقصده اى يقصد الوكيل
العقد لفائدته واما قول بعضهم ان هذا الشرط احتراز عن الهزل يعنى ان من شرط الوكالة ان لا يهزل الوكيل
فى البيع والشراء ولو كان فيما وكل ببيعه نعايتان لا يصح ذلك البيع والوكالة صحيحة وخرج به الصبى الذى لا يعقل
ذلك والمجنون فلا يصح وكالة احدهما وانما اشترط ذلك فى الوكيل لانه قائم مقام الموكل فى العبارة والموكل
لا يصح عقده وعبارته به الا اذا كان يعقل ذلك واما زيادة عقلية الغبن الفاحش من غيره فلا ينبغى اشتراطه
نعم لو وكله بان يبيعه لا بالغبن الفاحش فينبغى ان يصح الوكالة ويشترط فى صحة بيع الوكيل ان يعرفه قبل بيعه
فيصح توكيل الحر البالغ وتوكيل المأذون اطلق المأذون ليشمل كلا من العبد والصبى المأذونين فى التجارة
لاجتماع الشروط وهى ملك الموكل التصرف ولزوم الاحكام وعقلية الوكيل معنى العقد فلم يذكر العقل مع البلوغ

للان اشتراط العقل يعرف كل احد خرابا لغا عاقلا او عبدا او صبيا ماذونا او صبيا عاقلا او عبدا محجورين قال
في الهداية وان وكل صبيا محجورا عليه يعقل البيع والشراء او عبدا محجورا عليه جاز ولا يتعلق الحقوق بهما بل بموكلهما
انتهى فهذا الكلام له منطوق ومفهوم فمنطوقه ظاهر مما ذكره صاحب الهداية حيث قال لان الصبي العاقل من
اهل العبارة حتى ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد في كل التصرف في حق نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل
ليس بتصرف في حق الموكل في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة اما الصبي فلقصور اهليته والعبد لحق سيده فتلزم
الموكل فليعرف من كون انتفاء تعلق الحقوق بالعبد لحق السيد انه لو اعتق بعدما باشر الشراء لزمته الحقوق لان
المانع من لزومها حق المولى وقد زال بخلاف الصبي لو باشر وكيل به ثم بلغ لا ترجع اليه لان المانع فيه قصور الاهلية
حيث لم يكن قوله ملزما في حق نفسه في ذلك الوقت فلهذا لم تلزمه بعد البلوغ واما مفهومه فهو ان الوكيل لو كان
صبيا ماذونا او عبدا ماذونا تعلقت الحقوق بهما لكنه ليس بمطلق بل ذكر فيه تفصيلا في الذخيرة قال ان كان الوكيل
صبيا ماذونا فان وكل بالبيع بثمن حال او مؤجل فباع لزمته العهدة او بالشراء ان كان بثمن مؤجل لا يلزمه العهدة
قياسا واستحسانا فيطالب البائع بالثمن الآمر لا الصبي في ذلك لان ما يلزمه من العهدة ضمان ثمن لان ضمان الثمن
ما يفيد الملك للضامن في المشتري وهذا لا يفيد الملك للضامن انما هذا التزام مال في ذمته استوجب مثل
ذلك على موكله وهذا معنى الكفالة والصبي الماذون يلزمه ضمان الثمن لا ضمان الكفالة واما اذا وكله بالشراء بثمن حال
فالقياس ان لا تلزمه العهدة وفي الاستحسان تلزمه لان الصبي ملكا حكميا في المشتري فانه يحبسه بالثمن عن الموكل حتى
يوفيه كما لو اشترى لنفسه ثم باع منه والصبي الماذون من اهل ان يلزمه ضمان الثمن بخلاف ما اذا كان الثمن مؤجلا لانه
بما يضمن من الثمن لا يملك من المشتري لا حقيقة ولا حكما فانه لا يحبسه عن الموكل الى الاستيفاء والعبد الماذون اذا توكل
على هذا التفصيل ثم اعلم ان الصبي والعبد المحجورين وان لم يتعلق بهما الحقوق فلقبضهما الثمن وتسليمهما المبيع اعتبار
ونظير الصبي والعبد المحجورين في عدم تعلق الحقوق رسول القاضي وامينه لكل ما يعقده بهواى الموكل بنفسه لان الانسان
قد يعجز عن المباشرة بنفسه فيحتاج الى ان يوكل غيره فيجاز دفعا للحاجة وقد صح ان النبي عليه السلام وكل حكيم بن حزام
فبعثه بدينار يشتري له اضحية فاشترا بدينار وباعها بدينار فرجع واشترى اضحية بدينار وجاء بدينار واضحية
الى رسول الله تعالى عليه السلام فتصدق النبي عليه السلام به ودعا ان يبارك في تجارته وعن عروة قال اعطاني رسول
الله عليه السلام دينارا ليشتري اضحية او شاة فاشترى شاتين فباع احدهما بدينار واتاه بشاة ودينار
فدعا له بالبركة في بيعه فكان لو اشترى ترابا ربح فيه وكذا وكل عليه السلام عمر بن ابي سلمة بالتزويج اخرجه النسائي قال في
الهداية كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به انتهى هذا ضابط لا حد فلا يرد عليه ان المسلم لا يملك
بيع الخمر ويملك توكيل الذمي به لان ابطال القواعد بابطال الطرد لا العكس لا يمكن طرده عدم توكيل الذمي مسلما
ببيع خمره وهو يملكه لانه يملك التوكيل به الذمي فصدق انما بطلانه لم يقل كل عقد يملكه يملك توكيل احد به بل التوكيل
به في الجملة وانما يرد عليه توكيل الوكيل الذي لم يفوض اليه التصرف مطلقا فانه يملك العقد الذي وكل به ولا يملك
التوكيل به فذكروا ان المراد يملكه بحكم الاهلية استبدادا لا بناء على اذن غيره الكل من فتح القدير وبايفاء اي باداء
كل حق وباستيفائه اي بقبض كل حق لما مر من الحاجة اليه واخرج البيهقي عن عبد الله بن جعفر قال كان علي يكره
الخصومة وكان اذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن ابي طالب فلما كبر عقيل وكلني وكان عقيل ذكيا حاضر الجواب
الا في حد وقود اي قصاص سواء كان بالنفس او دونها مع غيبة الموكل فان الوكالة باستيفاء الحدود والقصاص

مع عدم

مع عدم الموكل عن المجلس لا تجوز لان الحدود وان لم يجز العفو عنها فانها تندرئ بالشبهات بالاتفاق فلا يستوفى
عمن يقوم مقام الغير لما في ذلك من ضرب شبهة كما في كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وشهادة النساء
مع الرجال وشبهة العفو في القصاص وهي موجودة لان شبهة العفو حال غيبة الموكل ثابتة بل الظاهر هو العفو للندب
الشرعي قال الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى وفيه خلاف الشافعي فانه يقول خالص حق العبد فيستوفى بالوكيل كسائر
حقوقه فلا تندرئ بالشبهات بخلاف غيبة الشاهد فانه يستوفى القصاص عند غيبته لان الشبهة في
حقه الرجوع والظاهر في حقه عدم الرجوع اذ الاصل هو الصدق لا سيما في العدل وبخلاف ما اذا حضر الموكل
لانتفاء شبهة العفو فان في حضوره ثم جواز التوكيل باثبات الحدود من جهة المقذوف والمسروق منه
باقامة البينة على السبب قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف لا تجوز الوكالة باثباتها وقول محمد مضطرب تارة يضم
الى ابي يوسف وتارة الى ابي حنيفة وظاهر كلام صاحب الهداية ترجيحه وكذا فعل في المبسوط وقيل الخلاف بين ابي
حنيفة وابي يوسف عند غيبة الموكل فلو وكل باثباتها وهو حاضر جاز اتفاقا لان كلام الوكيل ينتقل الى
الموكل عند حضوره لابي يوسف ان التوكيل انابة والانابة فيها شبهة النيابة يحترز عنها في باب الحدود والقصاص
حتى لا تثبت بالشهادة على الشهادة ولا بكتاب القاضي الى القاضي ولا بشهادة النساء مع الرجال فصار كالتوكيل
بالاستيفاء حال الغيبة ولابي حنيفة ان الحضور شرط محض لثبوت الحد لان وجوبه انما يضاف الى نفس الجناية لا الى
الخصومة وظهور الجناية انما يضاف الى نفس الشهادة لا الى السعي في اثباتها فكان السعي في ذلك حقا كسائر الحقوق
فيجوز للموكل مباشرته فيجوز التوكيل به كسائر الحقوق لقيام المقتضي وانتفاء المانع وعلى هذا الخلاف التوكيل
بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص اجازه ابو حنيفة ومنعه ابو يوسف ولا شك ان كلام ابي حنيفة
فيما اظهر منه بالوكالة باثباتها لان الشبهة المذكورة على تقدير كونها معتبرة لا تمنع الدفع الا يرى ان الشهادة
على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال في العفو صحيحة لكن هذا الوكيل لو اقر في مجلس القضاء بما يوجب
القصاص على موكله لم يصح استحسانا والقياس صحته لقيامه مقام الموكل بعد صحة التوكيل كما في الاقرار بسائر
الحقوق ووجه الاستحسان شبهة عدم الامر به كذا في شروح الهداية وتصح التوكيل بالخصومة في كل حق بشرط
رضى الخصم سواء كان المدعي او المدعى عليه للزوم مهما متعلق بقوله بشرط هذا عند ابي حنيفة خلافا لهما وللشافعي
ثم قيل الخلاف في الصحة والصحيح انه في اللزوم حتى لا يلزم الحضور في الجواب بخصومة الوكيل وبقولهما اخذ ابو الليث
وابو القاسم الصفار وقال في فتاوى العتابي وهو المختار الا ان يكون الموكل مريضا لا يمكنه حضور مجلس الحاكم بقدميه
ذكره في الحقايق كذا في ايضاح ابن كمال فلو لم يستطع المشي ويقدر على الركوب ولو على انسان لكن يزداد مرضه صح
التوكيل وان لم يزد واختلفوا فيه والصحيح ان له ان يوكل لان نفس الخصومة مظنة زيادة سوء المزاج فلا يلزم
بدا او غائبا مسافة سفر او مريدا للسفر فان ارادة السفر كالسفر في صحة التوكيل لتحقق الضرورة لكن لا يقبل
القاضي في دعوى ارادة السفر بل ينظر الى زيه وعدة سفره او يسأل رفقاءه عن ذلك كما اذا اراد تسليم الاجارة
بعذر السفر فانه لا يصدقه الا ان يحلف مع عزمه يريد ان يخرج معه فان قالوا نعم تحقق العذر او مخدرة غير معتادة
الخروج الى مجلس الحاكم قال في الهداية ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم قال ابو بكر الرازي
يلزم التوكيل لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال وهذا شيء استحسنه المتأخرون
انتهى واما في الاصل فانه لا فرق عند ابي حنيفة بين الرجل والمرأة المخدرة وغيرها البكر والثيب في عدم جواز توكيلها

الا بالعذرين المذكورين واما عندهما فكذلك في جوازها وقال ابن ابي ليلى تقبل من البكر دون الثيب والرجل فقول
صاحب الهداية ابوبكر الرازي هو الامام الكبير ابوبكر الجصاص احمد بن علي الرازي وقول صاحب البداية وهذا شيء استحسنه
المتأخرون يعني اما على ظاهر اطلاق الاصل وغيره عن ابي حنيفة والفتوى على ما اختاره من ذلك فتح فتخصيص الرازي ثم
تعميم المتأخرين ليس الا لفائدة انا المبتدئ بتفريغ ذلك وتبعوه ثم اذا وكلت فلزمها يمين بعث الحاكم اليها ثلاثة
من العدول يستحلفها احدهم ويشهد الآخران على يمينها او نكولها كذا في فتح القدير والعناية وعامة المشايخ اخذوا
بما ذكره ابوبكر الرازي وعليه الفتوى كذا في قاضي خان وعندهما وعند الشافعي لا يشترط في لزوم التوكيل رضى الخصم
لهما ان التوكيل بالخصومة تصرف في خالص حقه لانه وكله بالجواب في الخصومة لدفع الخصم عن نفسه والتصرف في خالص حقه لا
يتوقف على رضى غيره كالتوكيل بقبض الديون وايفائها ولابي حنيفة انا لا نسلم انه تصرف في خالص حقه فان الجواب
مستحق على خصمه ولاستحقاقه عليه يستحضره الحاكم قبل ان يثبت له عليه شيء ليجيبه عما يدعيه عليه والمستحق للغير لا يكون
خالصا له ولئن سلمناه لكن تصرف الانسان في خالص حقه انما يصح اذا لم يتضرر به غيره ولا شك ان الناس متفاوتون
في الخصومة كما صرح قوله عليه السلام انكم تختصمون الي ولعل بعضكم يكون الحن بحجته من الآخر فاقضي له بما سمعت
فمن قضيت له بحق اخيه فانما اقضي بقطعة من نار ومعلوم ان الوكيل انما يقصد عادة لاستخراج الحيل والدعاوى
الباطلة ليغلب وان لم يكن الحق معه كما افاده الحديث المذكور وفي هذا ضرر بالآخر فلا يلزم الا بالتزامه وصار
كالعبد المشترك اذا كاتبه احد الشريكين فانه وان كان تصرفا في خالص حقه لكن لما كان متضمنا الاضرار
بالآخر كان له فسخها وكمن استأجر دابة ليركبها فان اجارته اياها تصرف في حقه ومملوكه ومع هذا لا يجوز لما فيه
من الاضرار بالموجر اذ كان الناس يختلفون في الركوب بخلاف ما قاسا عليه من التوكيل بتقاضي الدين
فانه بحق ثابت معلوم يقبضه من غير ضرر على الآخر فيه فان القبض معلوم بجنس حقه وعلى المطلوب ان يقضي
ما عليه وللقاضي حد معلوم اذا جاوزه منع منه بخلاف الخصومة فان ضررها اشد من شدة التقاضي وعلم الحيلة
في القبض لتضمنها التحيل على اثبات ما ليس بثابت او دفع ما هو ثابت فلا تقبل بغير رضاه الا اذا كان
معذورا بالاعذار المذكورة وتوكيل على رضه وغيره بالخصومة ان لم ينقل فيه استرضاء الخصم لم ينقل عدمه فهو
جائز الوقوع فلا يدل لاحد قال شمس الائمة والذي نختاره ان القاضي اذا علم من المدعي التعنت في اباء التوكيل
يقبل من غير رضاه واذا علم من الموكل القصد الى الاضرار بالتوكيل لا يقبله الا برضى الآخر فيتقضاه لدفع الضرر
من الجانبين كذا في فتح القدير وحقوق عقد مما فيه مبادلة ملك بملك يضيفه الوكيل الى نفسه يعني الذي
لا يحتاج فيه الى اضافته الى الموكل ويكتفي باضافته الى نفسه كبيع سوى سلم ولو باع بحضرة الموكل فالصحيح انها
ترجع الى الموكل كما في الجواهر والى الوكيل كما في الصغرى ولو وكل هذا الوكيل غيره بالبيع فباع بحضرته فالحقوق
ترجع الى الوكيل الثاني هو الصحيح كما في الكافي ولو اضاف العقد الى موكله فهي ترجع الى الوكيل في العمادي قال
شرف الدين النواجزي انها لا ترجع اليه وكذا الشراء وان اضاف الى الموكل وخلافه في العمادي وقيل لو وكل
بالشراء فالحقوق الى الموكل لا غير كما في الخزانة واجارة واستيجار وصلح عن اقرار دون انكار فان الحقوق
فيه الى الموكل المدعى عليه يتعلق اي الحقوق المذكورة به اي بالوكيل دون الموكل ولذا جاز للوكيل ان يوكل
غيره بهذه الحقوق ولم يجز للموكل كما في النهاية واكتفى بالحقوق لان الملك يثبت للموكل ابتداء كما يأتي الكل
من القهستاني ان لم يكن اي الوكيل محجورا احترز به عن الصبي والعبد المحجورين فان توكيلهما جائز لكن حقوق

عقدهما

عقدهما ترجع الى موكلهما كما مر وقال الشافعي تتعلق بالموكل في الكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف وهو الملك
وهو يتعلق بالموكل فكذا توابعه واعتبره بالرسول وبالوكيل في النكاح ولنا ان الوكيل هو العاقد في الحقوق
المذكورة حقيقة او حكما اما حقيقة فلان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا له اهلية الايجاب والاستيجاب
فكان العقد الواقع منه له ولغيره سواء واما حكما فلانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل بخلاف الرسول
والوكيل بالنكاح فانهما لا يستغنيان عن الاضافة اليه واذا كان كذلك كان الوكيل اصيلا في الحقوق فتتعلق
به فيسلم الوكيل المبيع الى المشتري في الوكالة بالبيع ويتسلمه اي يأخذ المبيع ويقبضه في الوكالة بالشراء ويقبض
الثمن في الوكالة بالبيع ويطالب به اي بثمن مشتريه ويرجع به اي بالثمن المؤدى الى البائع عند الاستحقاق
ويخاصم بكسر الصاد اي يخاصم الوكيل البائع في عيب مشتريه ويرد به اي بمشتريه المعيب ان لم يسلمه الى موكله
وبعد تسليمه الى موكله لا يرد المعيب الى البائع لانتهاء الوكالة الا باذنه اي باذن الموكل القابض ويخاصم بفتح
الصاد اي يخاصم الوكيل ويؤخذ في عيب مبيعه وفي طلب شفعته اي شفعة مبيعه عقارا فالشفيع يخاصم
الوكيل بالشراء ان كان المبيع الذي هو العقار في يده اي يد الوكيل بخلاف ما اذا سلمه الى المشتري فان
الشفيع ح يخاصم المشتري دون الوكيل لانتهاء الوكالة كما مر وكذا يخاصم الوكيل بالشراء ويؤخذ بطلب الشفيع شفعة
مشتريه عقارا ان كان في يده وان سلم الى الموكل يطلب الشفيع ويخاصم الموكل كما مر والحاصل ان الحقوق نوعان
حق يكون للوكيل وحق يكون عليه والاول كقبض المبيع والمطالبة بثمن المشتري والمخاصمة بالعيب والرجوع بثمن
المستحق ففي هذا النوع للوكيل ولاية هذه الامور ولكن لا يجب عليه فان امتنع لا يجبره الموكل عليها لانه متبرع في العمل
بل يوكل الموكل بها وان مات الوكيل فولايتها لورثته فان امتنعوا وكلوا موكل مورثهم وعند الشافعي للموكل ولاية
هذه الافعال بلا توكيل من الوكيل او ورثته وفي النوع الآخر الوكيل مدعى عليه فللمدعي ان يجبره على تسليم المبيع وتسليم
الثمن واخواتهما كذا في ايضاح ابن كمال والملك للموكل اي موكل الوكيل بالشرى وان اضاف الى نفسه ابتداء
فان الوكيل نائب في حق الملك اصيل في حق الحقوق وانتقالا بمبادلة حكمية عند الكرخي وهو المختار عند ابي طاهر
الدباس والاول هو الاصح عند القاضي ابي زيد كما في النهاية وغيره فلا يعتق قريب وكيل شراه اي شرى الوكيل
قريبه بنية الموكل لانه يثبت الملك للموكل وان كان بطريق الانتقال فانه لا يستقر ملكية الوكيل بل تنتقل
من ساعته والملك المستقر شرط لثبوت العتق كما في الكرماني كذا في القهستاني ثم تحقيق رجوع الحقوق الى الوكيل
وثبوت الملك للموكل لان لتصرف الوكيل جهتين جهة حصوله بعبارته وجهة نيابته عن الموكل واعمالهما اولى
بوجه اولى من اعمال احدهما فلو اثبتنا الملك والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى القياس لحصولها بعبارته
واهليته بطل التوكيل ولو اثبتناهما للموكل بطل عبارته فاثبتنا الملك للموكل لانه الغرض من التوكيل السابق
فتعين الحقوق للوكيل ويجوز ان يثبت الحكم لغير من انعقد له السبب كالعبد يقبل الهبة والصدقة والاصطياد
فان مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب واعلم ان قول شمس الائمة قول ابي طاهر اصح وقول صاحب
الهداية هو الصحيح احتراز عن طريقة الكرخي وجه الصحيح ان المشتري اذا كان منكوحة الوكيل او قريبه لا يفسد
النكاح ولا يعتق عليه ولو ملك المشتري لكان كذلك واجيب بان نفوذ العتق يقتضي ملكا مستقرا قال في
الزيادات فيمن تزوج امة ثم حرة على رقبتها فاجاز المولى صارت الامة مهرا للحرة ولم يفسد النكاح وان ملكها
الزوج لعدم استقرار الملك وملك الوكيل غير مستقر ينتقل في ثاني الحال فلا يعتق عليه وفيه نظر لانه يخالف

اطلاق قوله عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه الحديث وقال القاضي ابو زيد الوكيل نائب في حق الحكم اصيل
في حق الحقوق فان الحقوق تثبت له ثم تنتقل الى الموكل من قبله فوافق ابا الحسن في حق الحقوق وابا طاهر
في حق الحكم قال الصدر الشهيد هذا احسن كذا في العناية فقوله وفيه نظر اقول المطلق ينصرف الى الكامل كما
نص عليه في كتب الاصول والملك الكامل هو الملك المستقر كذا في حاشية سعدي چلبي على الاكمل وحقوق عقد اي كل
عقد ليس فيه مبادلة مال بمال تتعلق الوكيل اي موكله المراد انه لا يستغني عن الاضافة الى موكله حتى لو اضاف
الى نفسه لا يصح عن الموكل والمراد من قرينة السابق انه يصح اضافته الى نفسه ويستغني عن اضافته الى الموكل لا انه شرط ولهذا
لو اضاف الوكيل بالشراء الشراء الى موكله صح بالاجماع فلفظ الاضافة واحد والمراد مختلف تتعلق بالموكل دون الوكيل
وخلع وصلح عن انكار بخلاف الصلح عن اقرار لانه مبادلة مال بمال كالبيع يتعلق حقوقه بالوكيل كما مر او صلح عن دم عمد
وكتابة وعتق على مال وهبة واستيهاب وصدقة واعارة واستعارة وايداع ورهن وارتهان واقراض اي
اعطاء مال اداه بعينه بخلاف التوكيل بالاستقراض فانه باطل لانه امر بالتصرف في مال الغير وانه لا يجوز بخلاف الرسالة
فانها تصح في الاستقراض قال في الايضاح التوكيل بالاستقراض لا يصح ولا يثبت الملك فيما استقرض للامر الا اذا
بلغ على سبيل الرسالة فيقول ارسلني اليك فلان ويستقرض منك فح يثبت الملك للمستقرض يعني المرسل كذا في
العناية وفيه بحث فانه قال في الخانية وان وكل بالاستقراض ان اضاف الوكيل الاستقراض الى الموكل فقال ان
فلانا يستقرض منك كذا او قال اقرض فلان كذا كان القرض للموكل وان لم يضف الاستقراض الى الموكل
يكون القرض للوكيل انتهى كذا في حاشية السعدي على الاكمل وشركة ومضاربة وذلك لان الحكم في هذه العقود لا
يقبل الفصل عن السبب لان السبب فيها اسقاط فيتلاشى ومعنى الاسقاط في غير النكاح ظاهر واما فيه
فلان الاصل في محل النكاح عدم ورود الملك عليهن لكونهن من بنات آدم كالذكور الا ان الشرع اثبت نوع
ملك على الحرة بالنكاح ضرورة النسل وفي ذلك اسقاط لمالكيتها فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه
لغيره فلا يطالب بفتح اللام فانه على صيغة المجهول وكيل الزوج بالمهر ولا وكيل المرأة بتسليمها الى الموكل ولا ببدل الخلع
لان الوكيل فيها سفير ومعبر محض لعدم استغنائه عن اضافته الى الموكل فانه ان اضافه الى نفسه كان النكاح له فكان
كالرسول وعبارته كعبارة المرسل فكان العقد صدر منه ومن صدر منه العقد رجع اليه حقوقه كما في الفرع الاول
وللمشتري منع الوكيل من الثمن عن الموكل لانه اجنبي عن العقد وحقوقه لما ان الحقوق ترجع الى العاقد ولهذا
اذا نهاه الوكيل عن ذلك صح وان نهاه الموكل لا يصح فلم يجز مطالبة الموكل الا باذنه ومع ذلك فان دفعه اي
المشتري الثمن اليه اي الى الموكل صح ولا يجوز ان يطالبه الوكيل ثانيا لان نفس الثمن حقه وقد وصل اليه
فلا فائدة في الاسترداد منه ثم في الدفع اليه فهذا في غير الصرف فقبض الموكل لا يصح لان جوازه بالقبض فكان
القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول ولو ثبت للوكيل حق القبول وقبل الموكل لم يجز فكذا اذا ثبت له حق القبض
وان كان للمشتري على الموكل دين وقعت المقاصة به لما ان الثمن حقه وكذا ان كان له اي للمشتري على الوكيل
دين تقع المقاصة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان عندهما للوكيل ان يبرئ المشتري بغير عوض فكذا العوض خلافا
لابي يوسف ولكن عندهما يضمنه الوكيل للموكل في الابراء والمقاصة وانما كان له ذلك عندهما لان الابراء اسقاط
لحق القبض وهو حق الوكيل فكان بالابراء مسقطا حق نفسه وفيه نظر فانه لو كان كذلك لما جاز الابراء من الموكل
ولا تضمين الوكيل والجواب ان الثمن حقه فجاز ابراؤه وان الابراء من الوكيل هو ذلك اذ الابراء اسقاط حق القبض

وليس للموكل

وليس للموكل حق القبض فلزم من ذلك سقوط الثمن ضرورة وانسد على الموكل باب الاستيفاء فلزم الوكيل
الضمان كالراهن يعتق الرهن فانه يضمن المرتهن الدين لسده باب الاستيفاء من مالية العبد عليه
واستحسن ابو يوسف فقال الثمن ملك الموكل لا محالة فليس لغيره ان يتصرف فيه الا باذنه وللجواب القول
بالموجب سلمنا ان الثمن ملك الموكل لكن القبض حق الوكيل لا محالة فاذا اسقط وليس للموكل قبضه سقط
الثمن ضرورة وان كان دينه اي دين المشتري عليهما اي على الموكل والوكيل فالمقاصة تقع بدين الموكل
دون الوكيل لكون الثمن حقه ولان المقاصة ابراء بعوض فيعتبر بالابراء بغير عوض ولو ابراه جميعا بغير
عوض وخرج الكلامان معا ابراء المشتري بابراء الموكل دون الوكيل حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشيء
فكذا ههنا كذا في العناية وذكر الخصاف في رجل له على رجل دين فماطله ولا يقضي دينه فله في ذلك حيلتان
احديهما ان يتوكل صاحب الدين عن غيره في شراء عين من مديونه فاذا اشترى الوكيل يصير الثمن قصاصا
بما كان للوكيل على مديونه وهو البائع ثم الوكيل يأخذ الثمن من موكله كما لو نقد الثمن من مال نفسه والثانية
ان يوكل صاحب الدين رجلا يشتري له شيئا من مديونه فاذا اشترى يصير الثمن قصاصا بما كان للموكل
على البائع كذا في قاضي خان باب الوكالة بالبيع والشراء قدم من ابواب الوكالة ما هو اكثر وقوعا وامس حاجة
وهو الوكالة بالبيع والشراء فقدم منه مسائل التوكيل بالشراء لانه ينبئ عن اثبات الملك والبيع عن ازالته
والازالة بعد الاثبات لا يصح التوكيل بشراء شيء يشمل اجناسا كالرقيق الشامل للذكر والانثى المختلفين
في بني آدم والثوب الشامل للديباج والكتان والقطن والدابة الشاملة للفرس والبغل والحمار عرفا كما في
الهداية وغيره او لكل ذي قوائم اربع كما في علم العربية وفي المفردات انها الفرس خاصة كذا في القهستاني او ما
هو كالاجناس كالدار وان للوصل بين الثمن فان سمى نوع الثوب كالهروي جاز وكذا ان سمى نوع
الدابة كالفرس والبغل او بين ثمن الدار والمحلة او بين جنس الرقيق كالعبد ونوعه كالتركي او بين ثمنا
لتعين نوعا او عمم فقال ابتع لي ما رأيت المراد بالجنس والنوع ههنا غير ما اصطلح عليه اهل المنطق فان الجنس
عندهم هو المقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة في جواب ما هو كالحيوان والنوع هو المقول على كثيرين متفقين
بالحقيقة في جواب ما هو كالانسان مثلا والصنف هو النوع المقيد بقيد عرضي كالتركي والهندي والمراد ههنا
بالجنس ما يشمل اصنافا على اصطلاح اولئك وبالنوع الصنف ثم من وكل رجلا بشراء شيء فاما ان يكون معينا
اولا والاول لا حاجة فيه الى ذكر شيء والثاني لا بد من تسمية جنسه ونوعه مثل ان يقول عبدا هنديا او تسمية
جنسه ومبلغ ثمنه مثل ان يقول عبدا بخمسمائة ليصير الفعل الموكل به وهو شراء نوع من جنس معلوما فيمكنه
الائتمار فان ذكر الجنس مجردا عن الوصف او الثمن غير مفيد للمعرفة فلا يتمكن الوكيل من الامتثال بما امره
واما التوكيل العام مثل ان يقول ابتع لي ما رأيت فانه فوض الامر الى رأيه فاي شيء يشتريه يكون ممتثلا
ويقع عن الامر والاصل ان الجهالة اليسيرة متحملة في باب الوكالة استحسانا والقياس يأباه لان التوكيل
بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء بان يجعل الوكيل كالمشتري لنفسه ثم كالبايع من الموكل
وفي ذلك الجهالة تمنع الصحة فكذا فيما اعتبر به ووجه الاستحسان ان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة
ففي اشتراط علم الجهالة اليسيرة حرج فلو اعتبرناه لكان ما فرضناه توسعة ضيقا وحرجا وذلك
خلف باطل فلا بد من بيان الجهالة اليسيرة وغيرها ليتميز ما يفسد الوكالة عما لا يفسدها فنقول اذا بين

الموكل بجنسه ونوعه ووصفه فذاك معلوم صحت الوكالة به لا محالة وان ترك جميع ذلك وذكر لفظا
يدل على اجناس مختلفة فذاك مجهول لم تصح الوكالة به لا محالة وان بين الجنس بان ذكر لفظا يدل على
انواع مختلفة فان ضم الى ذكره بيان النوع او الثمن جازت والا فلا فان بين النوع ولم يبين الوصف
كالجودة وغيرها فكذلك وعلى هذا اذا قال لآخر اشتر لي دابة او ثوبا او دارا فالوكالة باطلة بين الثمن
او لا للجهالة الفاحشة فان الدابة في الحقيقة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف مطلق على الخيل
والبغال والحمير فقد جمع اجناسا كثيرة وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء
ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار يشتمل على ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا
باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال لان بذلك الثمن يوجد
من كل جنس فلا يدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة الا اذا وصفها فانها ح جازت لارتفاع تفاحشها بذكر
الوصف والثمن واذا قال اشتر لي عبدا او جارية لا يصح لان ذلك يشمل انواعا فان قال عبدا تركيا
او حبشيا او مولدا وهو الذي ولد في الاسلام او قال جارية هندية او رومية او فرسا او بغلا صحت
لان بذلك النوع تقل الجهالة وكذا اذا قال عبدا بخمسمائة او جارية بالف صحت لان بتقدير الثمن يصير
النوع معلوما عادة فلا يمنع الامتثال وتبين من هذا انه اذا ذكر النوع او الثمن بعد ذكر الجنس صارت الجهالة
يسيرة وان لم يذكر الصفة اي الجودة والرداءة والتوسطة ولو وكله بشراء الطعام فهو على البر ودقيقه
يعني من دفع الى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما يقع على الحنطة ودقيقها استحسانا والقياس ان
يقع على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما اذا حلف لا ياكل طعاما اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان ان
العرف اقوى وارجح بالاعتبار من القياس والعرف في شراء الطعام ان يقع على الحنطة ودقيقها قالوا هذا عرف
اهل الكوفة فان سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام اما في عرف غيرهم فينصرف الى كل مطعوم
قال بعض مشايخ ما وراء النهر الطعام في عرف ديارنا ما يمكن اكله كاللحم المطبوخ والمشوي وغير ذلك فينصرف
التوكيل اليه وقيل يقع على البر في كثير الدراهم وعلى الخبز في قليلها وعلى الدقيق في وسطها وهذا بظاهره
يدل على ان ما ذكره اولا مطلق اي سواء كان الدراهم قليلة او كثيرة اذا وكل بشراء الطعام ينصرف الى
شراء البر ودقيقه وهذا الثاني المعبر عنه بلفظ قيل مخالف للاول وهو قول ابي جعفر الهندواني ولكن ذكر في
النهاية انه ليس بقول مخالف للاول بل هو داخل في الاول وذكر ما يدل على ذلك من المبسوط بقوله فقال
في المبسوط بعد ذكر ما قلنا ثم ان قل الدراهم فلان يشتري بها خبزا وان كثرت فليس له ان يشتري بها
الخبز لان ادخاره غير ممكن وانما يمكن الادخار في الحنطة واقول في تحقيق ذلك العرف يصرف اطلاق اللفظ
المتناول لكل مطعوم الى الحنطة ودقيقها والدراهم بقلتها وكثرتها ووسطها معينة افراد ما عينه العرف
وقد يعرض ما يترجح على ذلك ويصرفه الى خلاف ما عمل به عليه مثل الرجل اتخذ الوليمة ودفع دراهم كثيرة ليشتري
بها طعاما فاشترى بها خبزا وقع على الوكالة للعلم بان المراد ذلك والى ما ذكرنا في تحقيق العناية اشار
المص بقوله وفي متخذ الوليمة تقع على الخبز بكل حال اي سواء كثرت الدراهم او قلت او توسطت قيل القليل
مثل درهم الى ثلاثة والمتوسط مثل اربعة الى خمسة او سبعة كما في الكفاية فما سبعة على هذا لم يكن الكثير
كما ظن كذا في القهستاني وصح التوكيل بشراء عين بدين له اي للموكل على الوكيل يعني من له على آخر الف

درهم

وفي بيوع النوازل الوكيل لشراء الجارية اذا اشترى اختها من الرضاع
بخلاف ان قال الموكل اشتر لي جارية استخدمها او اطأها فاشتراها ينفذ على الآمر وينفذ
على الوكيل ان ... من الرضاع ولو امره بان يشتري له جارية وقد حلف
ان ... ملكها او ... فاشترى اخت امرأته ...
[illegible]
ولو قال له ... من يحل له ...

درهم مثلا فامره ان يشتري بها عبدا معينا صح على الآمر ولزمه سواء قبضه او مات قبل القبض عند
المامور لان في تعيين المبيع تعيين البايع ولو عين البايع جاز كما سنذكره فكذا اذا عين المبيع بالاتفاق
وفي غير المعين يعني وان امره ان يشتري بالالف التي له على الوكيل عبدا بغير عينه فاشتراه ان هلك
العبد في يد الوكيل قبل ان يقبضه الآمر فعليه اي فالهلاك على الوكيل فيموت من ماله وان قبضه الموكل فهو له
اي فالعبد المقبوض للموكل فان مات مات من ماله وفاقا لانه لازم للموكل ايضا اي كما اذا قبضه الموكل فمات
وهلاكه عليه اي على الموكل اذا قبضه الوكيل وعلى هذا الخلاف اذا امره اي اذا امر الوكيل من عليه الدين ان
يسلم ما عليه او يصرفه فان عين المسلم اليه ومن يعقد به عقد الصرف صح بالاتفاق والا فعلى الاختلاف وانما
خصهما بالذكر لدفع ما عسى يتوهم ان التوكيل فيهما لا يجوز لاشتراط القبض في المجلس فبين ان الدراهم والدنانير
لا تتعينان في المعاوضات دينا كان او عينا الا يرى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل
العقد وما لا يتعين بالتعيين كان الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر لان يد الوكيل كيده
وصار كما لو قال تصدق بمالي عليك على المساكين ولابي حنيفة انها تتعين في الوكالات الا يرى انه لو قيد
الوكالة بالعين منها او بالدين منها ثم استهلك العين او اسقط الدين بطلت وينقل الناطفي عن الاصل
ان الوكيل بالشراء اذا قبض الدنانير فوكل وقد امره ان يشتري بها طعاما فاشترى بدنانير غيرها ثم نقد
دنانير الموكل فالطعام للوكيل وهو ضامن لدنانير الموكل والمسئلتان تدلان على ان النقود في الوكالة تتعين
بالتعيين لكن المذكورة في الهداية لا يفصل بين ما قبل القبض وما بعده والاخرى تدل على انها بعد القبض
تتعين وهو المنقول في الكتب قال في النهاية هذا على قول المشايخ بعد التسليم الى الوكيل واما قبل التسليم
اليه فلا تتعين في الوكالات ايضا بالاجماع لانه ذكر في الذخيرة وقال محمد في الزيادات رجل قال لغيره اشتر
لي بهذه الالف الدراهم جارية واراه الدراهم فلم يسلمها الى الوكيل حتى سرقت الدراهم ثم اشترى الوكيل
جارية بالف درهم لزم الموكل ثم قال والاصل ان الدراهم والدنانير لا تتعينان في الوكالات قبل التسليم بلا خلاف
لان الوكالة وسيلة الى الشرى فيعتبر بنفس الشرى والدراهم والدنانير لا يتعينان في الشرى قبل التسليم
فكذا فيما هو وسيلة الى الشرى واما بعد التسليم الى الوكيل هل يعتبر اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يتعين
لما ذكرنا وعامتهم على انه لا تتعين ثم قال وفائدة النقد والتسليم على قول العامة توقف بقاء الوكالة ببقاء
الدراهم المنقودة وهذا قول منهم بالتعيين لان المراد به التوقت ببقائها وقطع الرجوع على الموكل
فيما وجب للوكيل عليه قال صاحب الهداية واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين هذا من
تتمة الدليل وتقريره انها تتعين في الوكالات واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير
ان يوكله بالقبض وذلك لا يجوز لعدم القدرة على التسليم كما اذا اشترى بدين على غير المشتري بان كان لزيد
على عمرو دين مثلا فاشترى زيد من آخر شيئا بذلك الدين الذي له على عمرو فانه لا يجوز لذلك او يكون امرا
بدفع ما لا يملكه الا بالقبض قبل القبض وذلك لان الديون تقضى بامثالها فكان ما ادى المديون الى البايع
او الى رب الدين ملك المديون ولا يملكه الدائن قبل القبض والامر بدفع مال الغير ملكه باطل وصار كما اذا قال
اعط مالي عليك من شئت فانه باطل لانه امر بصرف ما لا يملكه الآمر الا بالقبض الى من يختاره المديون بنفسه
بخلاف ما اذا كان الموكل عين البايع او المسلم اليه فان التوكيل صحيح لازم للآمر لانه يصير البائع اولا وكيلا

عنه في القبض ثم يتملكه وذلك ليس بتمليك من غير من عليه فلا امر البصرف مالم يقبض بخلاف ما اذا امر
بالتصدق لانه جعل المال لله وهو معلوم فثبت بالدليل ان التوكيل بشراء عبد غير معين لم يعلم بائعه
غير صحيح فينفذ الشراء على المامور فاذا هلك عنده هلك من ماله لكن اذا قبضه الآمر عنه انعقد بينهما بيع بالتعاطي
فان هلك عنده كان من ماله كذا في العناية ولو وكل عبدًا ليشتري العبد نفسه له اي للموكل من سيده فان
قال العبد لسيده بعني نفسي لفلان بكذا فباع السيد فقبل العبد فهو اي العقد والعبد له اي لفلان
يعني الموكل لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه اجنبي عن ماليته لانها لمولاه حتى لو اقر بها لغيره
لم يصح قوله ولعبارته ملزمة كالحر والبيع يرد عليه من حيث انه مال فكان توكيله بشرائه كتوكيل بغيره من اموال
المولى ثم لو اراد المولى ان يحبسه بعد البيع لاستيفاء الثمن لم يكن له ذلك لكونه كالمودع اذا اشترى الوديعة
وهو بحضرته لم يكن للبائع احتباسها لاستيفاء الثمن لكونها مسلمة اليه واعلم ان قول صاحب الهداية فقبل
فهو للآمر يشير الى ان العقد يتم بقول المولى بعت وهو يخالف ما ذكر في الجامع فان اضافة العقد الى الموكل
انما يفيد الملك اذا وجد الايجاب من المولى والقبول من العبد حتى لو قال العبد بعني نفسي من فلان فقال بعت لا يتم
العقد حتى يقول العبد قبلت بناء على ان الواحد لا يتولى طرفي البيع بخلاف ما اذا اشترى العبد نفسه كما يأتي لانه
اعتاق على مال مقدر والواحد يتولى طرفيه فيتم بقول المولى بعت جوابا لقول العبد بعني مني وان لم يقل العبد
لفلان عتق يحتمل وجهين احدهما ان يضيف العبد العقد الى نفسه بان قال للسيد بعني نفسي مني فقال السيد
بعت فهو حر لانه اعتاق لما تقدم وقد رضي به السيد دون المعاوضة والعبد وان كان وكيلا بشراء شيء
معين كما اي بجنس تصرف آخر وهو الاعتاق على مال فكان مخالفا فينفذ عليه وثانيهما ان يطلق العقد بان قال
بعني نفسي ولم يزد على ذلك فيصير حرا ايضا لان المطلق يحتمل الوجهين الامتثال وغيره فلا يجعل امتثالا بالشك
فيبقى التصرف واقعا لنفسه لان الاصل في التصرف ان يقع عما باشره ولو وكل العبد غيره ليشتريه من سيده
يعني لو وكل العبد رجلا بان يشتري له نفسه من مولاه بالف درهم ودفعها اليه فان قال الوكيل للسيد
اشتريته اي العبد لنفسه اي لنفس العبد فباع السيد على ذلك عتق العبد على السيد والولاء له اي للسيد
اما عتقه فلان بيع العبد من نفسه اعتاق على مال والاعتاق على مال يتوقف على وجود القبول من المعتق
وقد وجد ذلك لان شراء العبد نفسه قبول منه للعتق ببدل والمأمور سفير حيث اضاف العقد الى موكله
والحقوق لم ترجع اليه فصار كان العبد اشترى نفسه لنفسه واما كون الولاء للمولى فلانه اذا كان اعتاقا
اعقب الولاء للمعتق وان لم يقل الوكيل لنفسه فهو اي العبد للوكيل لان اللفظ حقيقة للمعاوضة والحقيقة
يجب العمل بها مهما امكن وقد امكن اذ لم يضف العقد الى الموكل فاذا كان معاوضة يثبت الملك للوكيل وعليه
اي على الوكيل للمشتري ثمنه وهو الف اخرى غير الالف التي دفعها العبد الى الوكيل حين التوكيل بشرى
نفسه وذلك لان الثمن في ذمة المشتري لان الاداء لم يصح وما اعطاه وهو الالف المدفوع الى وكيل
العبد لاجل الثمن ملك للمولى لانه كسب عبده ومال المولى لا يصلح بدلا عن ملكه بخلاف ما اذا وكل اجنبي
اجنبيا بشراء العبد من مولاه حيث لا يشترط على الوكيل ان يقول وقت الشراء اشتريته لموكلي لوقوع
الشراء للموكل لان العقد الذي يقع له والذي للموكل من نوع واحد وهو المبايعة وفي الحالين اي حال الاضافة
الى نفسه وحال الاضافة الى موكله يتوجه المطالبة نحو العاقد فلا يحتاج الى البيان اما ما نحن فيه فان احدهما

اعتاق

اعتاق يعقب الولاء ولا مطالبة فيه على الوكيل لانه سفير والمولى عساه لا يرضى بالاعتاق لانه يعقب الولاء
وموجب الجناية عليه وربما يتضرر به والآخر معاوضة محضة والمطالبة على الوكيل والمولى عساه يرغب في
المعاوضة المحضة فلا بد من البيان واذا قال الوكيل لمن وكله بشراء عبد غير معين اشتريت لك عبدا
فمات العبد عندي وقال الموكل اشتريته لنفسك فالقول للموكل ان لم يكن الموكل دفع الثمن الى
الوكيل لان المأمور اخبر عما لا يملك استئنافه بسببه وهو الرجوع بالثمن على الآمر فان سبب الرجوع على الآمر
هو العقد وهو لا يقدر على استئنافه لان العبد ميت وهو ليس بمحل للعقد فكان قول الوكيل اشتريت
فمات عندي لارادة الرجوع على الموكل وهو منكر فالقول له والا اي وان كان الموكل دفع الثمن الى الوكيل
فللوكيل اي فالقول للوكيل لانه امين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله هذا اذا كان العبد ميتا حين
اختلفا واما اذا كان حيا فان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لانه امين وان لم يكن منقودا فكذلك عند
ابي يوسف ومحمد لانه يملك استئناف الشراء لكون المحل قابلا فلا يتهم في الاخبار عنه ولابي حنيفة القول للآمر
لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة اراد ان يلزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا
لانه امين فيه فيقبل قوله تبعا للخروج عن عهدة الامانة ولا ثمن فيما نحن فيه حتى يكون الوكيل امينا فيقبل
قوله تبعا للخروج عن عهدة الامانة هذا كله اذا كان التوكيل بشراء عبد غير معين واما اذا كان التوكيل بشراء
عبد معين ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقودا او لا بالاجماع اما عندهما فلانه
يملك استئنافه واما عند ابي حنيفة فلانه لا تهمة فيه لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك
الثمن في حال غيبة الموكل لان شراء ما وكل به بمثل ذلك الثمن عزل لنفسه وهو لا يملك حال غيبته بخلاف حضوره
فانه ان فعل ذلك جاز ووقع المشتري له بخلاف ما اذا كان العبد غير معين فان فيه التهمة المذكورة من جانب ابي
حنيفة وان كان العبد هالكا والثمن منقودا فالقول للمأمور لانه امين يريد الخروج عن عهدة الامانة وان كان
غير منقود فالقول للآمر لما مر انه اخبر عما لا يملك استئنافه وللوكيل بالشراء طلب الثمن من الموكل وان للوكيل
لم يدفعه الى البائع اي وان لم يدفع الوكيل الثمن من ماله الى البائع واذا دفع فبالطريق الاولى ولا يلزم حتى عا
لانه انعقدت بين الموكل والوكيل مبادلة حكمية حتى صار الوكيل كالبائع من المشتري لثبوت امارتها فانهما
اذا اختلفا في مقدار الثمن يتحالفان واذا وجد الموكل عيبا بالمشتري يرده على الوكيل وذلك من خواص المبادلة
وله حبس المشتري بفتح الراء لاجله اي لاجل قبض الثمن وان لم يدفعه الى البائع لما مر انه بمنزلة البائع من
الموكل وقال زفر ليس له الحبس لان الموكل صار قابضا بيد الوكيل فصار كانه سلمه اليه والحبس في المسلم غير مشروع
شرعا ولنا طريقان احدهما ان يقال التسليم الاختياري يسقط حق الحبس لان المبادلة تقتضي الرضا
وهذا التسليم ليس كذلك لكونه ضروريا لان الوكيل لا يتوسل الى الحبس مالم يقبض والثاني ان يقال
ان قبض الوكيل في الابتداء متردد بين ان يكون لتتميم مقصود الموكل وان يكون لاحياء حقه فان لم يحبسه
عنه عرفنا انه كان عاملا للموكل وان حبسه كان عاملا لنفسه لان الموكل لم يكن قابضا بقبضه فان هلك
المشتري بفتح الراء اي في يد الوكيل قبل حبسه للثمن هلك على الآمر ولا يسقط ثمنه لان يده كيد الموكل
فاذا لم يحبسه يصير الموكل قابضا بيده وان هلك بعد حبسه سقط وعند ابي يوسف هو كالرهن يعني لو هلك
بعد الحبس صار مضمونا ضمان الرهن عند ابي يوسف يعتبر الاقل من قيمته ومن الدين فاذا كان الثمن خمسة

[illegible]

عشر مثلا وقيمة المبيع عشرة رجع الوكيل على الموكل بخمسة وضمان المبيع عند محمد وهو قول ابي حنيفة يسقط الثمن به قليلا كان او كثيرا وضمان الغصب عند زفر فيجب مثله او قيمته بالغة ما بلغت ولا يرجع الوكيل على الموكل ان كان ثمنه اكثر ويرجع الموكل على الوكيل ان كان قيمته اكثر لانه منع حقه بغير حق لما ان قبضه قبض الموكل وليس له حق الحبس فيه فصار غاصبا ولابي حنيفة ومحمد ان الوكيل بمنزلة البائع من الموكل كما تقدم وللبائع حبسه لاستيفاء الثمن فكذا الوكيل فيسقط الثمن بهلاك المبيع بخلاف ما اذا لم يحبس فان قبضه كان لموكله كما مر فاشبه الرسول فهلك عنده امانة وليس للوكيل بشراء شيء معين شراؤه لنفسه لانه يؤدي الى تغرير المسلم لانه اعتمد عليه وقد مران فيه عزل نفسه عن الوكالة وهو لا يملك ذلك بغيبة الموكل على ما قيل لانه فسخ عقد فلا يصح بدون علم صاحبه كسائر العقود فان شراه بخلاف جنس ما سمي من الثمن او بغير النقود وقع له اي للوكيل وكذا ان امر الوكيل غيره فشراه ذلك الغير بغيبته اي بغيبة الوكيل الاول اي يثبت الملك للوكيل في جميع هذه الصور لانه خالف الامر فينفذ عليه اما اذا اشترى بخلاف جنس ما سمي فظاهر وكذا اذا اشترى بغير النقود لان المتعارف نقد البلد فالامر ينصرف اليه وكذا او وكل وكيلا لانه مامور بان يحضر رايه ولم يتحقق ذلك في غيبته فان شراه ذلك الغير بحضرته اي الوكيل الاول فللموكل لوجود راي الوكيل وفي غير المعين هو للوكيل يعني اذا وكل رجلا بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا ان اضاف الوكيل العقد الى مال الموكل او اطلق ولوى له اي للموكل في الوجهين اما الاول فلان فيه حمل حال الوكيل على ما يحل له شرعا اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا لكونه غصبا الدراهم الآمر واما الثاني فلان فيه حملا لفعله على ما يفعل الناس عادة لجريانه بوقوع الشراء لصاحب الدراهم واما الثالث فاما ان نوا ما للآمر فهو له او لنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه ولغيره في هذا التوكيل لانه توكيل بشيء لغير عينه وان اختلفا فقال الوكيل نويت لنفسي وقال الموكل نويت لي حكم النقد بالاجماع فمن مال من نقد الثمن كان المبيع له لكونه دلالة ظاهرة على ذلك لما مر من حمل حاله على ما يحل له شرعا وان توافقا على انه لم يحضره النية قال محمد هو للعاقد لان الاصل ان يعمل كل احد لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره بالاضافة الى ماله او بالنية له والفرض عدمه وقال ابو يوسف يحكم النقد فمن اي المالين نقد تعين به احد المحتملين ويعتبر في السلم والصرف مفارقة الوكيل لا الموكل يعني يجوز التوكيل بعقد السلم والصرف لانه عقد يملكه الموكل فيجوز التوكيل به ومعلوم انه يشترط فيهما قبض راس مال السلم وبدل الصرف في المجلس والمعتبر قبض الوكيل فيه دون الموكل لان الوكيل هو العاقد فاذا قبضه فيه صح العقد سواء كان ممن يتعلق به الحقوق او ممن لا يتعلق به كالصبي والعبد المحجور عليه فان قبضهما صحيح وان لم يكن لازما قال شيخ الاسلام هذا اذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد واما اذا كان حاضرا فيه فان الموكل يصير كالعاقد بنفسه فلا يعتبر مفارقة الوكيل واعلم ان المراد التوكيل بالاسلام دون قبول السلم فلو وكله بان يقبل السلم لا يجوز لان الوكيل يبيع طعاما في ذمته على ان يكون الثمن لغيره وذلك لا يجوز لان من باع ملك نفسه العين على ان يكون الثمن لغيره لا يجوز فكذا الديون ولو قال رجل لآخر بعني هذا العبد لزيد اي لاجله فباع الآخر ذلك العبد منه على هذا الوجه ثم لما طلب زيد العبد من الرجل انكر الرجل كون زيد امره فلزيد اخذه اي ولاية اخذ العبد من الرجل ان لم يصدق زيد انكاره اي انكار الرجل لان

قوله لزيد

قوله لزيد اقرار منه بالوكالة عن زيد لان البيع لا يكون له الا بامره والاقرار بالشيء لا يبطل بالانكار اللاحق فلا ينفعه فان صدقه اي زيدا انكار الرجل بان قال زيد لم آمره به ثم بدا له ان ياخذه لا يأخذه جبرا لان اقرار الرجل ارتد برده فان سلمه الرجل المشتري اليه اي الى زيد طوعا صح التسليم فيه فيصير مشتريا بالتعاطي كالفضولي اذا اشترى لشخص ثم سلمه المشتري لاجله ودلت المسئلة على ان التسليم على وجه البيع كفى للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس على الصحيح لوجود التراضي كما مر في البيوع ومن وكل رجلا بشراء رطل لحم بدرهم فشرى رطلين بدرهم مما يباع رطل بدرهم لزم موكله رطل بنصف درهم وعندهما يلزمه الرطلان بدرهم لهما ان الموكل امره بصرف الدرهم في اللحم فظن ان سعره رطل فاذا اشترى به رطلين لم يخالفه فيما امره وانما جاء ظنه مخالفا للواقع وليس على الوكيل في ذلك شيء لا سيما اذا زاده خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبد بالف فباعه بالفين وله انه امره بشراء رطل ولم يأمره بالزيادة فظن ان ذلك المقدار يساوي درهما وقد خالفه فيما امره به فينفذ شراؤه بالرطل على الموكل لانه اتيان بالمأمور به وشراؤه الزائد على الوكيل وانما قال مما يباع رطل بدرهم لانه لو اشترى لحما لا يباع رطل بدرهم بل باقل يكون الشراء واقعا للوكيل بالاجماع لان الآمر امره بشراء لحم يساوي رطل منه بدرهم لا باقل ومن وكل بشراء عبدين بعينهما بلا ذكر ثمن فشرى الوكيل احدهما جاز لان التوكيل مطلق عن قيد اشترائهما متفرقين او مجتمعين فقد لا يتفق الجمع بينهما في الشراء فكذا ان وكل بشرائهما بالف وقيمتهما سواء فشرى احدهما بنصفه اي بنصف الالف او باقل جاز عن الموكل وان شرى احدهما باكثر من نصف الالف لا يجوز عن الموكل بل يقع عن الوكيل عند ابي حنيفة وقالا يجوز عن الموكل ايضا اي كما في الشراء بالاقل ان كان الشراء احدهما باكثر من نصف الالف لكن بما يتغابن فيه وقد بقي من الالف ما يشتري بمثله الآخر لهما ان التوكيل وان حصل مطلقا لكنه يتقيد بالتعارف وهو فيما يتغابن فيه الناس لكن لا بد ان يبقى من الالف ما يشتري به الباقي ليحصل غرض الآمر وله ان الموكل قابل الالف بهما وقيمتهما سواء وكل ما كان كذلك ينقسم بينهما نصفين لو قوع الامر بذلك دلالة فكان امرا بشراء كل واحد منهما بالشراء بذلك موافقة وباقل منها مخالفة الى خير وبالزيادة مخالفة الى شر قليلة كانت او كثيرة فلا يجوز الا ان يشتري الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما استحسانا والقياس ان لا يلزم الآمر اذا اشترى احدهما بازيد من خمسمائة وان قلت الزيادة واشترى الباقي بما بقي من الالف قبل الاختصام لثبوت المخالفة ووجه الاستحسان ان شراء الاول قائم فاذا اشترى الباقي حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بالالف والانقسام بالسوية كان ثابتا بطريق الدلالة واذا جاء الصريح لم يمكن العمل به بطل الدلالة فان شرى الوكيل العبد الآخر بما بقي من الالف قبل الخصومة جاز عن الموكل اتفاقا لما بينا فان قال الوكيل بشراء عبد غير معين بالف شريته بالف وقال الموكل بل شريته بنصفه فان كان الموكل قد دفع اليه اي الى الوكيل ان ساوى العبد الالف لانه امين وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآخر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر والقول للمنكر وان لم يكن العبد يساوي الالف فالقول للآمر لان الوكيل خالف الى شر حيث شرى عبدا بالف لا يساويه وان لم يكن دفعها فان تساوي العبد نصفها صدق الموكل لظهور المخالفة لان الآمر وقع بشراء ما يساوي الالف

والمراد بقوله صدق في جميع ماذكر التصديق بغير الحلف وان ساواه تحالفا لان الوكيل بمنزلة البايع والمشتري
وقد وقع الاختلاف في الثمن وهو موجب التحالف ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما والعبد يكون للمامور وكذا
الحكم في معين ولم يسم له ثمنا فشراه واختلفا في ثمنه بان قال الوكيل اشتريته بالف وقال الآمر باقل
منه ولا عبرة لتصديق البايع في الاظهر قيل لا تحالف ههنا لان تصديق البايع رفع الخلاف اذ هو حاضر
فيجعل تصادقهما بمنزلة انشاء العقد ولو انشاه لزم الآمر فكذا ههنا بخلاف المسئلة الاولى فان البايع ثمة غايب
فاعتبر الاختلاف لعدم ما يرفعه قال هذا مال الفقيه ابو جعفر الهندواني وقال قاضيخان وهذا اصح وقيل يتحالفان
لان البايع ان استوفى الثمن فهو اجنبي عنهما وان لم يستوف فهو اجنبي عن الآمر فلا مدخل له وهذا قول الامام
ابي منصور قال في الهداية وهو الاظهر وفي الكافي هو الصحيح لا يصح عقد الوكيل بالبيع او الشراء مع من يرد شهادته
اي الموكل له كذلك الوكيل للولاد او الزوجية او غيره والمراد لا يصح عقد الوكيل مع من ذكر بمثل القيمة اذا كانت
وكالة مطلقة عن التقييد بعموم المشية عند ابي حنيفة وقالا يجوز عقده معه بمثل القيمة الا في العبد والمكاتب
وعبارة البداية تدل على ان العقد معه بغبن يسير لا يجوز وهو المذكور في شرح الطحاوي وذكر في الذخيرة
ان ذلك يجوز عندهما فكان الغبن اليسير على ذلك التقدير ملحق بمثل القيمة ولا بد من تحرير الاقوال قبل الدليل
فنقول عقد الوكيل بالبيع والشراء مع من لا يقبل شهادته له ان كان باكثر من القيمة في البيع وباقل منها
في الشراء جائز بلا خلاف وعكسه غير جائز كذلك وبغبن يسير كذلك على ما ذكر في البداية وشرح الطحاوي وعلى
ما ذكر في الذخيرة جاز عندهما وبمثل القيمة جائز باتفاق الروايات غير جائز عند ابي حنيفة في رواية الوكالة
والبيوع في البداية وفي رواية المضاربة جائز واذا عرفت هذا فالدليل لهما ان التوكيل مطلق عن التقييد
بشخص دون آخر والمطلق يعمل باطلاقه ولابي حنيفة القول بالموجب يعني سلمنا ان التوكيل مطلق لكن
مواضع التهم مستثناة من الوكالات لانها شرعت للاعانة فكانت موضع امانة والتهمة موجودة ههنا بدليل
علم قبول الشهادة والوكيل بالبيع يجوز بيعه بما قل او كثر اي بثمن قليل وكثير من النقود وبالعرض عند ابي ح
وقالا لا يجوز الا بمثل القيمة وبالنقود فلا يجوز بيع الوكيل بالبيع بغبن فاحش ولا بغير النقود لان المطلق يتقيد
بالمتعارف عرفا اذ التصرفات لدفع الحاجات فيتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود
ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم بايام البرد وبالجمد بايام الصيف وبالاضحية بايام النحر او قبلها كل ذلك من تلك
السنة حتى لو اشترى ذلك في السنة الثانية لم يلزم الآمر ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من
وجه ولهذا لو حصل من المريض كان من الثلث والاب والوصي لا يملكانه وكذا المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه
فلا يتناوله مطلق اسم البيع لان المطلق ينصرف الى الكامل ولابي حنيفة القول بالموجب اي سلمنا ان
التوكيل بالبيع مطلق لكن المطلق يجري على اطلاقه في غير موضع التهمة فيتناول كل ما يطلق عليه البيع
فيجوز بيعه بالنسيئة اي بالثمن المؤجل مطلقا وذلك لان مطلق الامر بالبيع ينتظمه نقدا او نسيئة الى اي
جهة كان متعارفا عند التجار في تلك السلعة او غير متعارف فيها كالبيع الى خمسين سنة عند ابي
حنيفة وعندهما يتقيد باجل متعارف كذا في العناية قال قاضيخان واختلفت الروايات في
الاجل والصحيح ان على قوله يجوز على كل حال طالت المدة او قصرت وقال صاحباه ان باع باجل متعارف
في تلك السلعة يجوز وعن ابي يوسف ان كان البيع للتجارة فباع الى اجل تباع تلك السلعة بذلك الثمن

الى ذلك

الى ذلك الاجل جاز وان كان التوكيل بالبيع للحاجة الى النفقة وقضاء الدين ليس له ان يبيع
بالنسيئة وعليه الفتوى واذا دفعت المرأة غزلا الى رجل ليبيعه قالوا هذا على النقد استحسانا وقال الشافعي
لا يجوز بيع الوكيل نسيئة لان الاصل في الثمن ان يكون حالا فاذا باع بالاجل صار مخالفا فلا يجوز ولنا
ان التوكيل مطلق والبيع بالنسيئة متعارف وفي العيون لو قال بعه بالنقد فباعه بالنسيئة يجوز
ولو قال لا تبعه الا بالنقد فباعه بالنسيئة لا يجوز وفي المنتقى هذا اذا كان للتجارة فان كان للحاجة لا يجوز كالمرأة
اذا دفعت غزلا الى رجل ليبيعه وهذا اذا باع بما يبيع الناس نسيئة فان اطال المدة متجاوزا عنه لا يجوز وبه
يفتى كذا في شرح المجمع ويجوز للوكيل بيع نصف ما وكل ببيعه يعني اذا وكل ببيع عبده فباع نصفه جاز عند
ابي حنيفة خلافا لهما فيما اذا لم يبع الباقي قبل الخصومة وسيأتي وجه الكل ووجه فرقه بين البيع والشراء وللوكيل
بالبيع اخذه بالثمن كفيلا او رهنا فلا يضمن الوكيل الثمن للموكل والقيمة للراهن ان توى اي هلك ما على الكفيل
من الثمن بان مات الكفيل والمكفول عنه مفلسا كما في الكرماني كذا في القهستاني او ضاع الرهن في يد اي
الوكيل قيل المراد بالكفالة ههنا الحوالة لان التوى لا يتحقق في الكفالة لان الاصيل لا يبرا وقيل بل هي على حقيقتها
والتوى فيها ان يموت الكفيل والاصيل مفلسا وقيل التوى فيها ان يأخذ كفيلا ويرفع الامر الى حاكم مالكي فانه
يرى براءة الاصيل فيحكم على ما يراه ويموت الكفيل مفلسا فانه لا يرى الرجوع على الاصيل بموت الكفيل مفلسا
ورجح الزيلعي القيل الثالث لان المراد توى مضاف الى اخذه الكفيل بحيث انه لو لم يأخذ كفيلا لم يتو دينه كما
في الرهن ولا يتحقق ذلك في القيل الثاني لانه لو لم يأخذ كفيلا التوى بموت من عليه الدين مفلسا وفي الحوالة لا
يتوى بل يرجع به على المحيل فلما لم يكن على الوكيل ضمان لان الوكيل اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها
والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء ولو استوفى الثمن وهلك عنده لم يضمن فكذا اذا قبض
بدله بخلاف الوكيل بقبض الدين اذا اخذ بالدين رهنا او كفيلا فانه لا يجوز فانه لا يتصرف نيابة حتى اذا نهاه
عن القبض صح نهيه وقد استنابه في قبض الدين دون الكفالة والرهن والوكيل بالبيع يقبض الثمن
اصالة لا نيابة ولهذا لا يملكه الموكل حجره عن القبض ولو وهب الوكيل بالبيع الثمن من المشتري او ابراه
منه او حط منه جاز ويضمن عند ابي ح ومحمد وعند ابي يوسف لا يجوز وكذا الخلاف لو اجله اي لو اجل الوكيل
بالبيع الثمن او قبل به حوالة ولو اقاله صح وسقط الثمن عن المشتري ولزم الوكيل وعند ابي يوسف
لا يسقط عن المشتري قال في فتاوى قاضيخان ولو ابرأ الوكيل المشتري عن الثمن او وهبه له صح ويكون
ضامنا وكذا اذا حط بعض الثمن بعد العقد بعيب او بغير عيب ولم يذكر التأجيل في الاصل قيل بانه يجوز
في قول ابي يوسف ايضا كما لو باع بثمن مؤجل وقيل بانه لا يجوز لان من اصل ابي يوسف ان كل تصرف
يصير به الوكيل ضامنا في قول ابي حنيفة ومحمد لا ينفذ في قول ابي يوسف واجمعوا على انه لو قبل الثمن
ثم وهبه منه لا يصح اما اذا ابرأه قبل القبض وحط او وهب لم يصح في قول ابي يوسف واجمعوا على ان
الموكل لو وهب الثمن من المشتري او ابرأه صح ابراؤه وهبته لان ملك الثمن له حتى لو قبض الموكل الثمن
من المشتري صح قبضه استحسانا وللوكيل ان يحتال بالثمن ايضا عند الكل ان كان الموكل قال له ما صنعت
من شيء فهو جائز وان لم يكن الموكل قال له ذلك جاز في قول ابي حنيفة ومحمد ويضمن للآمر وان اقال
الوكيل البيع صحت اقالته عندهما ويكون ضامنا للثمن وعلى قول ابي يوسف بالاقالة يصير الوكيل مشتريا

لنفسه والوكيل بالسلم يملك الاقالة في قول ابي حنيفة ومحمد ولا يملك في قول ابي يوسف والوكيل بالشراء
لا يملك الاقالة ولو صالح الوكيل من الثمن على متاع او اخذ مكان الدراهم دنانير جاز في قول ابي حنيفة ومحمد
والوكيل بالاجارة اذا ابرأ المستاجر عن الاجر او وهبه منه ان ابرأه عن البعض او وهب له البعض
والاجر دين جاز اجماعا وان ابرأه عن الكل او وهب الكل ان كان الاجر دينا لا يصح في قول ابي يوسف
الآخر وفي قوله الاول وهو قول ابي حنيفة ومحمد يصح اعتبارا لفعل الوكيل بفعل الموكل ولا تبطل الاجارة وان
كان الاجر عينا لا يصح حتى يقبل المستاجر واذا قبل بطلت الاجارة لان الاجرة بمنزلة المبيع والمشتري
اذا وهب المبيع من البائع قبل القبض لا يصح ما لم يقبض البائع واذا قبل بطل البيع الكل من قاضي خان
والوكيل بالشراء يجوز شراؤه بمثل القيمة اي بما قوم به المقومون كلهم وبزيادة ما يتغابن اي يتحامل الناس
بها فيها اي تلك الزيادة على رواية النوادر ما يقوم به مقوم واحد دون الكل اي يقدر من ظن بغبن الناس
انهم يغبنون في ذلك الشيء بذلك القدر من الدراهم او الدنانير فالباء صلة وليس بحال فلو اشترى ذلك
الوكيل شيئا بعشرة دراهم فامتنع الموكل من اخذه لكونه غابنا عنده فعرض المشتري على المقومين فقوم
بعض بتسعة وبعض بعشرة فهو داخل تحت تقويم مقوم فهو الغبن اليسير فلزم الموكل وان لم يقوم
احد منهم بعشرة فلا يدخل ولا يتغابن فهو الغبن الفاحش فلزم الوكيل هذا هو الحد الفاصل بينهما وبه
يفتى كما في بيع الصغرى وهو الصحيح على رواية الجامع عن محمد ان اليسير نصف العشر او اقل كذا في القهستاني
قال شيخ الاسلام هذا التحديد فيما لم يكن له قيمة معلومة في البلد كالعبد والدواب فاما ما له ذلك كالخبز
واللحم وغيرهما فزاد الوكيل بالشراء لا ينفذ على الموكل وان قلت الزيادة كالفلس مثلا لان هذا مما لا يدخل
تحت تقويم المقومين اذ الداخل تحته ما يحتاج فيه الى تقويمهم ولا حاجة ههنا للعلم به فلا يدخل كذا في العناية
وكذا نقل القهستاني عن المحيط وقدر على رواية نصر بن يحيى وجزم به القهستاني في العروض ده نيم وفي الحيوان
ده يازده وفي العقار ده دوازده يعني ما يتغابن فيه في العروض في العشرة زيادة نصف درهم وفي الحيوان
درهم وفي العقار درهمان لان قلة الغبن وكثرته بقلة التصرف وكثرته والتصرف في العروض اكثر ثم
في الحيوان ثم في العقار كذا في الاختيار فاذا كان الغبن الى هذا المبلغ كان يسيرا لزم الآمر وان زاد على
ذلك لزم الوكيل والتقدير على هذا الوجه لان الغبن يزيد بقلة التجربة وينقص بكثرتها وقلتها وكثرتها
بقلة وقوع التجارات وكثرته ووقوعه في القسم الاول كثير وفي الاخير قليل وفي الاوسط متوسط وعشرة
دراهم نصاب يقطع به يد محترمة فجعل اصلا والدراهم ما لا يجبس لاجله فقد لا يتاجر به في المماكسة فلم يعتبر
فيما كثر وقوعه يسيرا والنصف من النصفة فكان يسيرا وضوعف بعد ذلك بحسب الواقع فما كان
اقل وقوعا منه اعتبر ضعفه وما كان اقل من الاقل اعتبر ضعف ضعفه لانها لا يتغابن بها فالحاصل
ان الوكيل بالشراء يجوز له ان يشتري بمثل القيمة والغبن اليسير دون الفاحش لان التهمة فيه متحققة
فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه او قد وجد ما يسر الحقه بغيره على ما مر حتى لو كان وكيلا بشراء شيء بعينه
قال عامة المشايخ ينفذ على الآمر لانتفاء التهمة لانه لا يملك ان يشتريه لنفسه وقال بعضهم يتحمل فيه الغبن اليسير
دون الفاحش وقال بعضهم لا يتحمل فيه اليسير ايضا وكذلك الوكيل بالنكاح اذا زوج موكله امرأة باكثر
من مهر مثلها جاز عنده لانه لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد فلا يتمكن فيه هذه التهمة بخلاف الوكيل

بالشراء

بالشراء لانه يطلق العقد حيث يقول اشتريت ولا يقول لفلان ولو وكل ببيع عبده فباع نصفه جاز عنده
لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع فيجري على اطلاقه الا يرى انه لو باع الكل بثمن النصف جاز عنده
فاذا باع النصف اولى وقالا لا يجوز الا ان باع الباقي قبل الخصومة لان التوكيل به ينصرف الى المتعارف
وبيع النصف غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة الا ان بيع النصف الباقي قبل ان يختصما لان بيع النصف قد
يقع وسيلة الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى التفريق فاذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول تبين
انه وقع وسيلة وان لم يبع ظهر انه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان عندهما وان وكله بشراء عبد فاشترى
نصفه لا يلزم الموكل الا ان يشتري باقيه قبل الخصومة اتفاقا يعني اذا وكل رجلا بشراء عبد فاشترى نصفه
فالشراء موقوف عند الكل لما ذكرنا من الدليل آنفا في التوكيل في البيع والفرق لابي حنيفة ان التهمة في الشراء متحققة
على ما مر من قوله فلعله اشتراه لنفسه الى آخره وفرق آخر ان الامر في البيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه الاطلاق فيملك
بيع العبد كله او نصفه واما الامر بالشراء فانه صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه اطلاق الامر وتقييده فيعتبر
فيه العرف والعرف فيه ان يشتري العبد جملة ولو رد المبيع على الوكيل اي لو امر رجلا بان يبيع عبده فباعه
سواء قبض الثمن او لم يقبض فرده المشتري على البائع بعيب بقضاء رده على آمره وهو الموكل مطلقا اي سواء
كان العيب ظاهرا او القاضي عاين البيع او لم يكن فان كان العيب ظاهرا فيما اي في عيب لا يحدث مثله
مثل الاصبع الزائدة فهو لا يحتاج الى حجة من بينة او نكول او اقرار لان القاضي تيقن بحدوث العيب في يد
البائع وعاين البيع فيعلم التاريخ والعيب ظاهر فلا يحتاج للرد الى الحجة وان لم يكن العيب ظاهرا فلا بد منها
لا القضاء بل لانه اذا لم يعاين البيع قد يشتبه تاريخه فيحتاج اليها لظهوره وقد لا يكون العيب ظاهرا
كالقرن في الفرج والمرض الذي يحتاج الى النساء او الاطباء في توجه الخصومة والرد لا يثبت بقول النساء
والطبيب فيحتاج الى الحجة وفي هاتين الصورتين الرد على الوكيل رد على الموكل فلا يحتاج الى رد وخصومة لان الرد
بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي والفسخ بالحجة الكاملة فسخ على الموكل فلذا يرد على آمره فيما اي في عيب يحدث
مثله ان كان الرد ببينة او نكول او اباء يمين لان البينة حجة كاملة فيتعدى الرد بها والوكيل في النكول مضطر
لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فلزم الآمر وان كان الرد باقرار الوكيل فلا يرد على الآمر ولزم الوكيل
لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لانه امكنه السكوت او الانكار حتى يعرض عليه اليمين ويقضى بالنكول
لكن له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او بنكول الموكل لان الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة
وهي الاقرار قاصرة فمن حيث الفسخ كان له ان يخاصمه ومن حيث القصور لا يلزمه وهذه فائدة الحاجة الى القضاء
مع الاقرار فيسقط ما قال في النهاية اذا اقر الوكيل بالعيب لا حاجة الى قضاء القاضي لانه يقبله لا محالة واما
اذا كان الرد بغير قضاء فاما ان يكون بعيب يحدث مثله او لا فان كان الاول وكان رده باقرار لزم الوكيل
وليس له ان يخاصم آمره لانه بيع جديد في حق ثالث حيث فسخ واسترد برضاه من غير قضاء والموكل ثالثهما
وان كان الثاني والرد باقراره لزم الموكل بغير خصومة في رواية بيوع الاصل لان الرد متعين وذلك لانهما
فعلا عين ما يفعل القاضي ان رفع الامر اليه فانهما لو رفعا الامر اليه في عيب لا يحدث رده عليه من غير تكليف
باقامة الحجة على ذلك وكان ذلك ردا على الموكل وفي عامة الروايات انه لا يلزم الآمر وليس للمأمور ان يخاصمه
لما ذكرنا انه بيع جديد في حق ثالث كذا في العناية ولو باع الوكيل بالبيع نسيئة وقال الموكل امرتك ببيع

عنادي بالعقد وقال الوكيل بل اطلقت لي امرتني ببيعه ولم تقل شيئا صدق الموكل لان الامر يستفاد
من جهته ومن يستفاد الامر من جهته اعلم بما قاله فكان هو المعتبر الا اذا كان في العقد ما يخالف مدعاه وليس
ذلك بموجود لان عقد الوكالة بناه على التقييد حيث لا يثبت بدون التقييد فانه ما لم يقل وكلتك ببيع هذا الشئ
لا يكون وكيلا ببيعه ولو قال وكلتك بمالي او في مالي لا يملك الا الحفظ فليس في العقد ما يدل على خلاف دعواه من الاطلاق
ولو اختلف المضارب ورب المال في المضاربة في الاطلاق والتقييد فقال رب المال امرتك ان تعمل في البز
وقال المضارب دفعت الي المال مضاربة ولم تقل شيئا صدق المضارب لان الامر وان كان مستفادا من جهة
رب المال الا ان في العقد ما يخالف دعواه لان الاصل في المضاربة العموم الا يرى انه يملك التصرف بذكر لفظ المضاربة
فكانت دلالة الاطلاق قائمة بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون
القول لرب المال لانه لما سقط الاطلاق بتصادقهما نزل الى الوكالة المحضة وفيها القول للآمر كما مر آنفا ولا
يصح تصرف احد الوكيلين وحده فيما وكلا به اذا وكل وكيلين فان كان ذلك بكلامين كان لكل واحد منهما
ان ينفرد بالتصرف لانه رضي برأي كل واحد منهما على الانفراد حيث وكلهما متعاقبا وان كان بكلام واحد
وهو المراد ههنا ليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الآخر سواء كانا ممن يلي جهما الاحكام او احدهما
صبيا او عبدا محجورا ان كان التصرف مما يحتاج فيه الى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك لان الموكل رضي برأيهما
لا برأي احدهما فلو مات احدهما او ذهب عقله ليس للآخر ان يتصرف والبدل وان كان مقدرا لكن التقدير
لا يمنع استعماله في الزيادة فاذا اجتمع رأيهما احتمل ان يزيد الثمن ويختار من هو اهل لاداء الثمن الا في خصومة
يعني ان احد الوكيلين لا يتصرف بانفراده فيما يحتاج فيه الى الرأي الا في الخصومة فان كلمهما فيها ليس بشرط لان
اجتماعهما عليها متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس القضاء والمقصود وهو اجتماع الرأيين يحصل في
تقويم الخصومة سابقا عليها فيكتفي بذلك ورد وديعة وقضاء دين عليه لعدم الاحتياج الى الرأي بل هو
تعبير محض وعبارة المثنى والواحد فيه سواء ولو كانت بقبض الوديعة فقبض احدهما بغير اذن صاحبه ضمن لانه
شرط اجتماعهما على القبض وهو ممكن وللموكل فيه فائدة لان حفظ اثنين انفع فاذا قبض احدهما كان قابضا
بغير اذن المالك فيضمن الكل لانه مأمور بقبض النصف اذا كان مع صاحبه واما منفردا فغير مأذون بقبض شئ
منه وطلاق وعتق لا عوض فيهما فاذا وكل رجلين بطلاق امرأته بغير عوض فطلق احدهما وابى الآخر ان يطلق فهو جائز
وكذا بالعتق المنفرد لعدم الحاجة الى الرأي بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها بايديكما لانه تفويض
الى رأيهما الا يرى انه تمليك مقتصر على المجلس كما مر واذا كان تمليكا صار التطليق مملوكا لهما فلا يقدر احدهما على التصرف
في ملك الآخر وليس للوكيل ان يوكل آخر فيما وكل به لانه فوض اليه التصرف فيه ورضي برأيه في التصرف فيه وليس التوكيل
منه والناس متفاوتون وليس كل من هو اهدى بطريق المعاملات اعرف وابصر باحوال الرجال الا باذن موكله
او بقوله اي بقول الموكل للوكيل اعمل برأيك فيجوز توكيله كما جاز تصرفه فان اذن الموكل لوكيله بالتوكيل فوكل
الوكيل رجلا كان الوكيل الثاني وكيل الموكل الاول لا وكيل الوكيل الثاني فلا ينعزل الوكيل الثاني بعزله اي بعزل
الموكل الثاني ولا بموته اي بموت الموكل الثاني وينعزلان اي الوكيلان بموته اي بموت الموكل الاول وكذا بعزله وقد
مر نظير ذلك في كتاب القضاء واذا وكل الوكيل بلا اذن الموكل فعقد الثاني بحضرته اي بحضرة الوكيل وهو موكل
الوكيل الثاني جاز عقده وقال زفر لا يجوز لان التوكيل ما صح فصار كما اذا عقد بغيبته ولنا ان المقصود حضور رأي الاول

وقد حصل

وقد حصل رأي احد الوكيلين بالبيع اذا باع بغير اذن صاحبه لم يكتف بحضوره بل لا بد من الاجازة صريحا ذكره في الذخيرة
فما الفرق بينهما واجيب بان صاحب الذخيرة قال محمد رح قال في الجامع الصغير اذا باع الوكيل الثاني بحضرة الاول جاز
ولم يشترط للجواز اجازة الوكيل الاول وهكذا ذكر في وكالة الاصل في موضع وذكر في موضع آخر منها وشرط اجازته قال اذا
باع الوكيل الثاني والوكيل الاول حاضر او غائب فاجاز الوكيل جاز حكي عن الكرخي انه كان يقول ليس في المسئلة روايتان
ولكن ما ذكر مطلقا في بعض المواضع انه يجوز اذا باع بحضرة الاول محمول على ما اذا اجاز فكان يحمل المطلق على المقيد والى هذا
ذهب عامة المشايخ وهذا لان توكيل الوكيل الاول لما لم يصح لعدم الاذن صار كالعدم وعاد الوكيل الثاني
فضوليا وعقده يحتاج الى الاجازة البتة ومنهم من جعل في المسئلتين روايتين ووجه عدم الجواز بدونها ما ذكر
ووجه الجواز ان المقصود حضور الرأي وهو حاصل عند الحضور فلا يحتاج الى الاجازة بخلاف الغيبة وعلى هذا احد
وكيلي البيع وفيه نظر اما اولا فلما نقل عن محمد فانه قال ثم الوكيل الاول حاضر او غائب فاجاز الوكيل وليس ذلك نصا
في اشتراط الاجازة للحاضر لجواز ان يكون قوله فاجاز متعلقا بقوله او غائب فقط واما ثانيا فلان تعليلهم فلانه معارض
بان المقصود هو الرأي وقد حصل كما ذكرنا وتوجيه كونه فضوليا في احد وكيلي البيع ليس كوكيل الوكيل لانه مأمور
من الموكل في الجملة بخلاف وكيل الوكيل ولعل الصواب ان الاجازة ليست شرطا لصحة عقد وكيل الوكيل عند حضوره
وشرط لصحة عقد احد الوكيلين والفرق بينهما ان وكيل الوكيل لما كان يتصرف بتوكيله ورضاه بالتصرف
كان سكوته رضى لا محالة واما احد الوكيلين فليس كذلك فلم يكن سكوته رضى لجواز ان يكون تغليظا منه
على استبداده بالتصرف من غير اذن من صاحبه ثم اذا تصرف بحضرة الاول حتى جاز فالحقوق الى من ترجع لم يذكره
محمد في الجامع الصغير فتكلم المشايخ في ذلك فمنهم من قال العهدة على الاول لان الموكل ما رضي بلزوم العهدة عليه
لا الثاني ومنهم من قال على الثاني اذ السبب وهو العقد وجد من الثاني دون الاول والثاني كالوكيل للموكل
الاول حتى لو مات الموكل الاول انعزل الوكيل الثاني بموته ولا ينعزل بموت الموكل الثاني وكذا لو عقد الثاني
بغيبته اي غيبة الاول لم يجز لفوات رأيه الا ان يبلغه فاجازه فيجاز كما لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه
لحضور رأيه او كان الوكيل الاول قد قدر الثمن للثاني فعقد بغيبته فيجوز ايضا لان الرأي يحتاج اليه
لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل التقدير وهذه رواية كتاب الرهن اختارها صاحب البداية وعلى رواية
كتاب الوكالة لا يجوز لان الاول لو باشر ربما باع بالزيادة على المقدار المعين لذكائه وهدايته وانما قال
الهداية ظاهرا احترازا عما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن فانه لا يجوز بيع احدهما بذلك المقدار لانه لما
فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري على ما مر كذا في العناية
ثم جواز تصرف الوكيل الثاني المشروط بالاجازة جار في كل عقد معاوضة واما ما ليس بمعاوضة كالنكاح
والطلاق فلا يجوز باجازته لانه لا يتوقف على اجازة الوكيل لانه سفير محض لا يتعلق به حقوق العقد بل
يتوقف على اجازة الموكل كذا في الاختيار ولا يجوز لمكاتب التصرف في مال طفله ببيع او شراء
ولا تزويجه وكذا الكافر ذميا كان او حربيا في حق طفله المسلم لان التصرفات المذكورة من باب الولاية
ولا ولاية مع الرق والكفر اما الرق فلان المرقوق محجور عن التصرف المالي الا بتوكيل من غيره ولنفسه حجر
وهو لا يملك النكاح نفسه فكيف لغيره واما الكافر فلا ولاية له على المسلم قال تعالى ولن يجعل الله للكافرين
على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولانها ولاية نظرية وهي تحتاج الى قدرة وشفقة لتحقق

معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا تفوض اليهما **باب الوكالة بالخصومة والقبض** للوكيل بالخصومة في الدين او العين القبض اي قبض الدين او العين عندنا في ظاهر الرواية خلافا لزفر هو يقول الموكل رضي بالخصومة وليس القبض بخصومة لان الخصومة قول يستعمل في اظهار الحق والقبض فعل حسي ولنا ان الوكيل مادام وكيلا يجب عليه القيام بما امر به وقد امر بالخصومة والخصومة لا تتم الا بالقبض لتوهم الانكار بعد ذلك وتعذر الاثبات لعارض من موت القاضي وغيره والمطل والافلاس وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب والفتوى اليوم على قوله قال في الهداية والاختيار والخلاصة واكثر المعتبرات الفتوى اليوم على قول زفر لظهور الخيانة في الوكلاء ولان التوكيل بالقبض غير ثابت نصا ولا دلالة اما نصا فظاهر واما دلالة فلان الانسان قد يوكل غيره بالخصومة ولا يرضى بامانته وقبضه وبه افتى الصدر الشهيد واكثر المتأخرين من مشايخ بلخ وسمرقند وغيرهم وفي عدم ثبوت القبض دلالة نظر فان الدلالة قد وقعت بما ذكرنا ان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب ومثله الوكيل بالتقاضي اي نظير هذا التوكيل التوكيل بالتقاضي فانه يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعا يقال تقاضيته ديني وبديني واقتضيته واقتضيت منه حقي اي اخذته الا ان العرف بخلافه لان الناس يفهمون من التقاضي المطالبة لا القبض والعرف قاض على الوضع وفيه نظر لان الحقيقة مستعملة والمجاز متعارف فهي اولى منه عند ابي حنيفة والجواب ان ذلك وجه لاصل الرواية ولا كلام فيه وانما الكلام في ان الفتوى على اصل الرواية او على العرف لظهور الخيانة في الوكلاء قالوا الفتوى على العرف فلا يملك القبض وان وكل وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا لانه رضي بامانتهما لا بامانة احدهما واجتماعهما على القبض ممكن بخلاف الخصومة فان اجتماعهما عليها غير ممكن للعلم انه يفضي الى الشغب في مجلس القضاء وهو مذهب لمهابته وللوكيل بقبض الدين الخصومة قبل القبض فاذا اقتضى القبض واقام الخصم بينة على استيفاء الموكل او ابرائه تقبل عنده خلافا لهما فعندهما لا يكون خصما فلا تقبل بينة الخصم عليه وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة لانه وكيل بالقبض والخصومة ليست بقبض فلا يكون وكيلا بها ولان الوكيل بالقبض مؤتمن على المال وليس كل مؤتمن على المال يهتدي الى الخصومة فلم يكن الرضا به رضا بها ولابي حنيفة رح انه وكله بالتملك لان الديون تقضى بامثالها اذ قبض نفس الدين غير متصور لكونه وصفا ثابتا في ذمة من عليه لكن الشرع جعل قبضه استيفاء لعينه من وجه لئلا يمتنع قضاء الديون التي لا يجوز الاستبدال بها والتوكيل بقبض الديون فانه اذا كان توكيلا بالتملك كان توكيلا بالاستقراض اذ الوكيل يقبض مثل مال الموكل لا عين ماله ثم يتقاصان والتوكيل بالاستقراض باطل والوكيل بالتملك اصيل في حقوق العقد والاصيل فيها خصم فيها كالموكل ولا يتوصل الى التملك الا بالخصومة فكان كالوكيل باخذ الشفعة اذا اقامت عليه البينة بتسليم الموكل الشفعة فانها تقبل والشفعة تبطل وهذا معنى قوله وللوكيل باخذ الشفعة الخصومة قبل الاخذ اتفاقا وكذا الوكيل بالرجوع في هبته اذا اقام الموهوب له البينة على اخذ الواهب العوض فانها تقبل والرجوع يبطل او الوكيل بالقسمة بان وكل احد الشريكين وكيلا بان يقاسم مع شريكه واقام الشريك البينة عليه بان الموكل قبض نصيبه فانها تقبل او بالرد بالعيب على البائع فانه اذا اقام البينة عليه بان الموكل رضي بالعيب تقبل وكذا الوكيل بالشراء بعد مباشرته فانه خصم يطالب بحقوق العقد قالوا في شروح الجامع الصغير ان مسئلة الوكيل بالقبض اشبه بالوكيل باخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء لان الوكيل في هذه يكون خصما قبل القبض كما يكون هنالك كذلك واما الوكيل بالشراء فانه لا يكون

حصما

خصما قبل مباشرة الشراء وليس للوكيل بقبض العين الخصومة بالاتفاق لانه امين محض حيث لا مبادلة هنالك لكونه يقبض حق الموكل من كل وجه فاشبه الرسول فلو برهن ذو اليد على الوكيل قوله بقبض عبد متعلق بقوله الوكيل ان موكله باعه منه تقصر يد الوكيل عن القبض ولا يثبت البيع بهذا البرهان فيلزم اعادة البينة او احضر الموكل وفي القياس يدفع العبد الى الوكيل ولا يلتفت الى بينة ذي اليد لانها قامت لا على خصم وفي الاستحسان يتوقف الامر حتى يحضر الموكل لان الوكيل لقيامه مقام الموكل في القبض خصم في قصر يده عن قبض العبد فيقتصر على المنع عن القبض حتى لو حضر الموكل تعاد البينة وصار كما اذا اقامها على انه عزله عن ذلك تقبل في قصر يده كذا قالوا كما تقصر يد الوكيل بنقل الزوجة اي بنقل زوجة الموكل اليه او بنقل العبد او الجارية اليه فاقامت الزوجة البينة على ان زوجها طلقها والعبد والامة على العتاق او من رهنها بيده على الارتهان من الموكل فانها لا تقبل قياسا لقيامها لا على خصم وفي الاستحسان تقبل في قصر يد الوكيل لكن لا يثبت الطلاق والعتق والرهن لانها تتضمن الطلاق والعتق والرهن ومن ضرورة ذلك قصر يد الوكيل والوكيل ليس بخصم في احدها وهو اثبات العتق على المولى ولكنه خصم في قصر يده وليس من ضرورة قصر يده القضاء بالعتق على الغائب فقبلناها في القصر دون غيره واقرار الوكيل بالخصومة على موكله سواء كان موكله المدعي فاقر الوكيل باستيفاء الحق او المدعى عليه فاقر بثبوته عليه ان كان ذلك عند القاضي صحيح لا عند غير القاضي عند ابي حنيفة ومحمد استحسانا خلافا لابي يوسف لكن لو برهن عليه اي على الوكيل انه اقر في غير مجلس القضاء خرج عن الوكالة ولهذا لا يدفع اليه المال لو ادعى بعد ذلك الوكالة واقام على ذلك بينة لم تسمع بينته لانه زعم انه مبطل في دعواه وقال ابو يوسف جاز اقراره في الوجهين جميعا وقال زفر والشافعي وهو قول ابي يوسف اولا لا يجوز في الوجهين والقياس اما شمول الجواز كما هو مذهب ابي يوسف واما شمول العدم كما هو مذهبهم والفصل بين مجلس القضاء وغيره استحسان وجه القياس ان الوكيل بالخصومة مامور بالمنازعة لانها الخصومة والاقرار ليس بمنازعة لانه مسالمة والامر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة الصلح والابراء ويصح التوكيل اذا استثنى الاقرار بان قال وكلتك غير جائز الاقرار ولو كان الاقرار من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه كما لو استثنى الانكار وكما لو وكل بالبيع على ان لا يقبض الثمن ولا يسلم المبيع وفيه نظر لانه لو لم يتناوله لما صح الاستثناء ووجه الاستحسان ان هذا التوكيل صحيح قطعا من كل وجه وصحته بتناوله ما يملكه الموكل قطعا لان التوكيل في غير المملوك تصرف في غير ملكه وهو غير صحيح وما يملكه الموكل مطلق الجواب دون احدهما عينا لان الخصم اذا كان محقا وجب عليه الاقرار وان كان مبطلا وجب عليه الانكار لكن لفظ الخصومة موضوع للمفيد فينصرف الى المطلق مجازا تحريا للصحة قطعا ولا نسلم صحة الاستثناء بل لا يصح على قول ابي يوسف لانه لا يملك الاستثناء لان ملكه يستلزم بقاء الانكار عينا وقد لا يحل له ذلك كما مر آنفا ولئن سلمنا صحته كما قال محمد لكنه انما يصح لتنصيصه على الاستثناء والتنصيص زيادة دلالة على تملكه اياه وبيان ذلك ما قلنا انه لا يحل له الانكار لجواز ان يكون الخصم محقا فاذا نص على استثناء الاقرار دل على انه يعلم بيقين ان خصمه مبطل حملا لامر المسلم على الصلاح فتعين الانكار وعند الاطلاق يحمل على الاولى بحال المسلم وهو مطلق الجواب واما اختصاصه بمجلس القضاء فلان الواجب عليه اتيانه بالمستحق والمستحق هو الجواب في مجلس القضاء فيختص به وانما كان ذلك مستحقا عليه لما عرفت انه اذا ثبت انه اقر في غير مجلس القضاء خرج به من الوكالة حتى لا يدفع المال اليه لانه صار مناقضا كالاب

او الوصى اذا اقر فى مجلس القضا لا يصح يعنى ان الاب او الوصى اذا ادعى شيئا للصغير فانكر المدعى عليه وصدق الاب
او الوصى ثم جاء يدعى المال فان اقراره لا يصح ولا يدفع اليه المال لانه خرج من الولاية والوصاية فى حق ذلك
المال بسبب اقراره بما قال المدعى عليه فكذلك ههنا ولا يصح توكيل رب المال كفيله بقبض ما على المكفول عنه يعنى
من كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا فى ذلك ابدا لا بعد براءة الكفيل ولا قبلها اما بعد
البراءة فلانها لما لم يصح حال التوكيل لم ينقلب صحيحا لكن كفل بغائب فاجازها بعد ما بلغته فانها لا تجوز لانها لم تصح
ابتداء لعدم القبول فلا تنقلب صحيحة واما قبل البراءة فلان الوكيل من يعمل لغيره والكفيل ليس يعمل لغيره لكونه
عاملا لنفسه فى ابراء ذمته كالمحال اذا وكل المحيل بقبض الدين من المحال عليه فانه لا يصير وكيلا لما قلنا ومن صدق مدعى
الوكالة بقبض الدين امر بالدفع اليه يعنى من ادعى انه وكيل فلان الغائب فى قبض دينه فصدقه الغريم امر
بتسليم الدين اليه لانه اقر على نفسه لان ما يقضيه الغريم خالص حقه لان الديون تقضى بامثالها فى اداء المديون
مثل مال رب المال لا عينه وقد تقدم فكان تصديقه اقرارا على نفسه ومن اقر على نفسه بشئ امر بتسليمه الى المقر له فان
صدقه صاحب الدين يعنى فان حضر الغائب فصدقه فيها والا اى وان لم يصدقه امر بالدفع اليه ثانيا اى امر من
صدق وهو الغريم بدفع ما اقر به الى صاحب الدين كما دفع الى الوكيل لانه اذا انكر الوكالة لم يثبت الاستيفاء
لان القول فى ذلك قوله لان الدين كان ثابتا والمديون يدعى امرا عارضا وهو سقوط الدين باداه الى الوكيل
والموكل ينكر الوكالة والقول للمنكر مع يمينه فيجب الدفع ثانيا ورجع الغريم به على الوكيل ان لم يهلك المدفوع فى يده
لان غرضه من الدفع براءة ذمته ولم يحصل له فله ان ينقض وان هلك لا يرجع عليه لانه بتصديقه اعترف ان الوكيل
محق فى القبض والمحق فى القبض لا رجوع عليه الا استثناء من قوله لا ان كان ضمنه ثبت الضمير يعنى ان هلك
المدفوع فى يد الوكيل لا يرجع الا اذا كان الغريم ضمن الوكيل عند دفعه بان قال له اضمن لى ما دفعت اليك عن
الطالب حتى لو اخذ الموكل منى ماله ارجع عليك بما دفعته او دفع اليه على ادعائه غير مصدق وكالته يعنى
لم يصدقه ولا يكذبه على الوكالة وانما دفع اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا اذا دفعه
اليه مكذبا له فى دعوى الوكالة بل جواز الرجوع فى صورة التكذيب اظهر منه فى صورة التصديق مع التضمين
والسكوت لانه اذا كذبه صار الوكيل فى حقه بمنزلة الغاصب وللمغصوب منه حق الرجوع على الغاصب
ثم اذا انكر الغريم الوكالة هل يستحلف او لا قال الخصاف لا يحلف على قول ابى حنيفة ويحلف على قولهما
لانه ادعى عليه ما لو اقر به لزمه فاذا انكره يحلف لكنه على العلم لانه على فعل الغير وكذا اذا اقر بالوكالة وانكر
الدين والحكم على ذلك يستحلف عندهما خلافا له فان قال مودع صدق مدعى الوكالة بقبض الامانة لا يؤمر بالدفع
اليه لانه اقر بمال الغير بحق القبض فانه اقر ببقاء الوديعة على ملك المودع والاقرار بمال الغير بحق القبض
غير صحيح بخلاف الدين على ما مر ان الديون تقضى بامثالها فكان اقراره اقرارا على نفسه بحق المطالبة
والقبض فان دفعها اليه فحضر الغائب وانكر الوكالة حلف على ذلك وضمن المودع فهل للمودع
الرجوع او لا فهو على الوجوه المذكورة ان دفعها اليه مصدقا لا يرجع وان صدقه وضمنه او سكت او كذبه
فدفعها اليه يرجع ان لم يكن العين فى يده باقية وان كانت باقية اخذها لانه ملكها بالضمان واما
الاسترداد قبل حضور الغائب فغير جائز وكذا لو صدقه اى صدق المودع مدعى الوكالة بالقبض فى دعوى
شرائها اى الامانة من المالك لم يؤمر بدفعها اليه لان اقراره على الغير غير مقبول ولو صدقه المودع

فى ان

فى ان المالك مات وتركها اى الامانة ميراثا له ولا وارث له غيره امر بالدفع اليه لان مال الوديعة
لا يبقى مال المودع بعد موته ولو ادعى المديون على الوكيل بقبض الدين استيفاء الدائن ولا بينة له امر
بدفعه اليه يعنى يجبر المديون على دفعه اليه لان وكالته ثبتت بقوله اخذه رب المال حيث لم ينكر الوكالة
وادعى الايفاء وفى ضمنه دعواه اقرار بالدين وبالوكالة ولم يثبت الايفاء بمجرد دعواه ولا يستحلفه اى لا
يستحلف المديون الوكيل ثم اى الدائن ما استوفى وقال زفر احلفه على العلم فان نكل خرج عن الوكالة
والطالب على حجته لان الوكيل لو اقر بالاستيفاء بطلت وكالته فجاز ان يحلف عليه والجواب ان المديون
يدعى حقا على الموكل لا على الوكيل فتحليف الوكيل لا يجوز نيابة وهى لا تجرى فى الايمان بخلاف الوارث حيث يحلف ان
لا يعلم استيفاء مورثه لان الحق يثبت للوارث فالدعوى عليه واليمين بالاصالة ولو ادعى البايع على
وكيل الرد بالعيب ان موكله رضى به اى بعيب المبيع لا يؤمر بدفع الثمن قبل المشترى بخلاف ما مر فى مسئلة
الدين لان التدارك فيها ممكن باسترداد ما قبض الوكيل اذا ظهر الخطاء عند نكول الموكل واما ههنا
فغير ممكن لان العقد ينفسخ بالقضاء والقضاء بالفسخ ماض على الصحة عند ابى حنيفة لان القضاء فى العقود
والفسوخ ينفذ ظاهرا وباطنا وان ظهر الخطاء بالنكول كما على هذا لا يحلف المشترى عنده بعد ذلك لانه لما مضى
الفسخ ولا يرد بالنكول لم يبق فى الاستحلاف فائدة ومن دفع اليه آخر عشرة دراهم ينفقها على اهله فانفق
عليهم عشرة من عنده فهى بها اى فالعشرة التى اخذها من الموكل بمقابلة العشرة التى انفقها من مال نفسه استحسانا
والقياس ان يكون متبرعا فيما انفق ويرد الدراهم المأخوذة من الموكل عليه وان استهلكها لان الدراهم
تتعين فى الوكالات حتى لو هلكت قبل الانفاق بطلت الوكالة فاذا انفق من مال نفسه فقد انفق بغير امره
فيكون متبرعا وجه الاستحسان ان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرنا من رجوع الوكيل على الموكل
ثم الوكيل بشراء ما يحتاج اليه الاهل قد يضطر الى شراء شئ يصلح لنفقتهم ولم يكن مال الموكل معه فى تلك الحالة
فيحتاج الى ان يؤدى ثمنه من مال نفسه فكان فى التوكيل بذلك تجويز الاستبدال كذا فى العناية
الوكيل بقضاء الدين لا يجبر عليه لانه لم يضمن شيئا بل وعد ان يتبرع على الآمر بخلاف الكفيل لانه ضمن وكذا
وكذا الوكيل بالخصومة اذا ابى عنها لا يجبر عليها كذا فى الدرر وفى الصغرى لو قال الرجل لآخر وكلتك بالخصومة فى كل حق
له قبل اهل بلدة كذا فهو وكيل بالخصومة فى كل حق له قبل اهل تلك البلدة يوم التوكيل وما يحدث استحسانا ولو قال
وكلتك بالخصومة قبل فلان يصير وكيلا بالخصومة فى كل حق يكون موجودا يوم التوكيل رجل وكل بخصوماته واخذ
حقوقه من الناس على ان لا يكون وكيلا فيما يدعى جاز فلو اثبت الوكيل المال له ثم ان المدعى عليه اراد الدفع لا يسمع
الدفع على الوكيل الوكيل بقضاء الدين اذا دفع الدين بغير بينة ولا كتابة براءة لا يضمن الا اذا قال لا تدفع الا
بشهود ولو قال الوكيل اشهدت وانكر الموكل القول قول الوكيل الموكل اذا دفع المال الى الطالب ثم دفع الوكيل
ان علم بدفع الموكل ضمن والا فلا وفى المنتقى لو مات الطالب ولم يعلم الغريم فدفع المال الى الوكيل لا يبرأ وله
ان يسترده ولو علم ليس له ان يضمن الوكيل اذا ضاع عنده وعند محمد يضمنه وكذا لو وهب الطالب المال
او ابرأه ثم دفع الوكيل يضمن ان علم به ويرجع الموكل على الطالب ان لم يعلم الوكيل كذا فى الخلاصة
للموكل لا لغيره عزل وكيله لان الوكالة حقه فله ان يبطلها فلو قال عزلتك عن الوكالات
كلها انعزل عن الوكالة المرسلة بالاجماع كما فى الصغرى ولو قال كلما عزلتك فانت وكيلى ثم قال رجعت

عن الوكالة المعلقة انعزل على قول كثير من المشايخ وبه يفتى كما في الخزانة الا اذا تعلق به حق الغير فح لا يعزله الا
برضاه كوكالة في ضمن نكاح او رهن كما في الذخيرة كذا في القهستاني قال في فتاوى قاضي خان رجل وكل رجلا
بالخصومة بطلب خصمه ثم اراد ان يعزله فانه لا يملك عزله الا بحضر من الخصم لان حق الخصم تعلق بالوكالة قالوا
الرجل اذا وكل بطلاق امرأته بطلبها لا يملك عزله الا بحضر منها وقال الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي الصحيح
انه يملك لانه لا حق للمرأة في طلب الطلاق وطلب التوكيل بخلاف الوكيل بالخصومة واذا وكل الرجل رجلا بطلاق
امرأته او غير ذلك وقال كلما عزلتك فانت وكيلي فكلما عزله يصير وكيلا لانه علق الوكالة بالعزل والوكالة تقبل
التعليق بالشرط اي شرط كان فاذا عزله يصير وكيلا وعن هذا قالوا متولي الوقف اذا آجر ارض الوقف اكثر
من سنة او ثلاث سنين على حسب ما اختلفوا فيه واراد الآجر مع المستأجر ابقاء الاجارة اكثر من سنة او
ثلاث سنين يكتب في صك الاجارة ان المتولي وكل فلانا باجارة هذه الارض على انه متى اخرجه عن هذه
الوكالة بهذا الشرط وقال محمد بن سلمة لا يجوز لان الوكالة شرعت غير لازمة فلو جاز التوكيل بهذا الشرط لا يتمكن من
اخراجه فتصير لازمة اذا ثبت الاختلاف في هذه المسئلة بينهم فمن اراد تصحيح هذه الوكالة عند الكل ينبغي ان
يقول كلما اخرجتك عن هذه الوكالة فانت وكيلي وكالة مستقبلة فتتجدد الوكالة مرة بعد اخرى وهذا في غير الوقف
اذا جازت الوكالة بهذا الشرط واراد اخراجه من الوكالة اختلفوا في لفظ الاخراج قال بعضهم يقول الموكل رجعت
عن قولي متى اخرجتك فانت وكيلي فيصير رجوعه ثم يقول بعد ذلك اخرجتك عن هذه الوكالة لان الوكالات
المعلقة بطلت بالرجوع فاذا عزل عن الوكالة المنجزة لا يصير وكيلا وانما يذكر رجعت عن الوكالة احترازا عن قول ابي
يوسف فان عنده العزل عن الوكالة المعلقة احترازا عن قول ابي يوسف قبل وجود الشرط وبه اخذ نصير بن يحيى والفتوى على
قول محمد وقال بعضهم طريق الاخراج عن هذه الوكالة ان يقول عزلتك كلما وكلتك وقال شمس الائمة السرخسي رح
عندي ان يقول له عزلتك عن هذه الوكالات فينصرف ذلك الى المعلق والمنجز انتهى كلام قاضي خان لو وكل
الخصومة بطلب الخصم اعلم ان الوكيل ان كان الطالب فعزله صحيح بحضر المطلوب او لا لان الطالب بالعزل
يبطل حق نفسه وهو لا يتوقف على حضور غيره وان كان للمطلوب فان لم يكن بطلب من جهة الطالب او من
يقوم مقامه فكذلك وان كان فاما ان علم الوكيل بالوكالة او لا فان لم يعلم فكذلك لانه لا انفاذ للوكالة قبل علم
الوكيل فكان العزل امتناعا وان علم ولم يرد فالم يصح في غيبة الطالب لان بالتوكيل ثبت له حق احضاره
في مجلس الحكم واثبات الحق عليه وبالعزل حال غيبته يبطل ذلك وصح بحضرته لان الحق لا يبطل لانه ان كان لا
يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه مع الموكل ويمكنه طلب نصب وكيل آخر منه فصار التوكيل من جهة المطلوب اذا كان
بطلب من جهة الطالب كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن بان وضع الرهن على يد عدل وشرط في الرهن
ان يكون العدل مسلطا على البيع ثم اراد الراهن ان يعزل العدل عن البيع ليس له ذلك لان البيع صار
حقا للمرتهن وبالعزل يبطل هذا الحق كذا في العناية ويتوقف انعزاله علم عليه اي الوكيل اعتبارا اسنن صاحب
الشرع وهو نظير الحجر على المأذون وكذا لو عزل الوكيل نفسه لا ينعزل بدون علم الموكل لانه عقد تم بهما وقد تعلق
الحق بكل واحد منهما ففي ابطاله بدون علم احدهما اضرار به كذا في الاختيار فتصرفه اي الوكيل قبله اي قبل علم
العزل صحيح وذلك لان في عزله اضرار به من وجهين احدهما من حيث بطلان ولايته لان الوكيل يتصرف
على ادعاء ان له ولاية ذلك في العزل من غير علمه تكذيب له فيما ادعاه لبطلان ولايته وضرر التكذيب ظاهر

لا محالة

لا محالة والثاني من حيث رجوع الحقوق اليه فانه ينقد من مال الموكل ان كان وكيلا بالشراء ويسلم المبيع
ان كان وكيلا بالبيع فاذا كان معزولا كان التصرف واقعا له بعد العزل فيتضرر به والوكيل بالنكاح وغيره
سيان في الوجه الاول وقد ذكرنا في آخر كتاب القضاء ان خبر عدل او مستورين مقبول في عزل الوكيل
بخلاف التوكيل فانه يقبل فيه خبر فاسق فتذكر وتبطل الوكالة بموت الموكل بخلاف موت الخليفة فان القاضي
لا ينعزل به لانه غير منصوب لمصلحة الخليفة كالموكل بل لمصلحة المسلمين ذكره ابن ملك في شرح المجمع وجنونه
مطبقا بكسر الباء الدائم وقد مر ان من الوكالة ما يجوز للموكل ان يعزل الوكيل من غير توقف على رضى احد ومنها ما لا
يجوز ذلك فيه الا برضى الطالب ففي الاول تبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا
لان التوكيل تصرف غير لازم اذ اللازم عبارة عما يتوقف رفع وجوده على الرضى من الجانبين وههنا ليس كذلك
لان كلا منهما ينفرد في فسخها فان للوكيل ان يمنع نفسه عن الوكالة وللموكل ان يمنع الوكيل عنها وكل تصرف
اصله عدم اللزوم فلدوامه حكم الابتداء لان المتصرف بسبيل من نقضه في كل لحظة فصار كانه يتجدد عقدا
في كل ساعة فينتهي فكان كل جزء منه بمنزلة ابتداء العقد ولا بد في ذلك من الامر فكذا فيما هو بمنزلة الابتداء وقد
بطل وفي الوجه الثاني لا تبطل فلا تبطل في صورة تسليط العدل على بيع الرهن وفيما اذا جعل امر امرأته بيده
لان التوكيل في هذا النوع صار لازما لتعلق حق الغير به فلا يكون لدوامه حكم ابتدائه فلا يلزم بقاء الامر
وشرط الاطباق في الجنون لان قليله بمنزلة الاغماء فلا يبطل به الوكالة وحده اي حد الجنون المطبق شهر
عند ابي يوسف روى ذلك ابو بكر الرازي عن ابي حنيفة اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة
لانه يسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت وهو رواية عن محمد وقول كامل عند محمد فالآخر وهو المختار
لانه يسقط به جميع العبادات حتى الزكوة فقدر به احتياطا كذا في العناية ولو جن يوما ويفيق يوما لا تبطل
لانه في معنى الاغماء ولانه عجز يحتمل الزوال كالعجز بالنوم والاغماء وعن ابي يوسف لا ينعزل حتى يجن اكثر السنة
لانه متى دام كذلك لا يزول غالبا فصار كالموت وعن محمد سنة وهو الصحيح لانه اذا كان لعلة او مرض
يزول ويتغير في سنة لاشتمالها على الفصول الاربعة من حرارة الهواء وبرودته ويبوسته ورطوبته فاذا
لم يزل فيها فالظاهر دوامه كذا في الاختيار وتبطل بلحاقه اي الموكل بدار الحرب مرتدا عند ابي حنيفة لان
تصرفات المرتد عنده موقوفة والوكالة من جملتها فيكون موقوفة فان اسلم نفذت وان قتل او لحق
بدار الحرب بطلت خلافا لهما فان عندهما تصرفاته جائزة فلا تبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على
ردته او يحكم بلحاقه حتى يستقر اللحاق وقد مر في باب المرتد من كتاب السير وان كان الموكل
امرأة فارتدت فالوكيل وكيل حتى تموت او تلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر في عقودها لانها
لا تقتل ما خلا التوكيل بالتزويج فان ردتها تخرج الوكيل به من الوكالة لانها حين كانت مالكة للعقد
وقت التوكيل ثبتت الوكالة في الحال ثم بردتها تخرج من ان يكون مالكة للعقد فيكون ذلك عزلا منها
لوكيلها فبعد ما العزل لا يعود وكيلا الا بالتجديد واذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة
لان الامر الذي كان مأمورا به لم يبق صحيحا وان لحق الوكيل بدار الحرب مرتدا لم يجز له ان يتصرف
فيما وكل به الا ان يعود مسلما قال صاحب الهداية هذا عند محمد واما عند ابي يوسف فلا يعود الوكالة
وان عاد مسلما ثم وضع المسئلة فيما اذا قضى القاضي بلحاقه واما ما لم يقض القاضي بذلك فانه لا يخرج عن الوكالة

عندهم جميعا وكذا تبطل بعجز موكله مكاتبا وحجره مأذونا يعني اذا وكل المكاتب رجلا ثم عجز عن ايفاء بدل
الكتابة او العبد المأذون له ثم حجر عليه وكان التوكيل بالبيع او الشراء بطلت الوكالة وافتراق الشريكين
يعني اذا وكل احد الشريكين ثالثا بشئ مما لم يليه بنفسه فافترقا بطلت الوكالة وذلك لما عرفت ان بقاء
الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالعجز والحجر والافتراق بخلاف ما اذا وكل المكاتب او المأذون له بقضاء
الدين او التقاضي فانها لا تبطل بالعجز والحجر لان العبد مطالب بايفاء ما وليه وله ولاية مطالبة استيفاء
ما وجب له لان وجوبه كان بعقده فاذا بقي حقه بقي وكيله على الوكالة بخلاف الوكالة ابتداء بعد الحجر بعد انعقاد
العقد بمباشرته فكذا اذا وكل احد المتفاوضين وكيلا بشئ هو وليه ثم افترقا واقتسما واشهدا
انه لا شركة بينهما ثم امضى الوكيل ما وكل به وهو علم او لا يعلم جاز ذلك عليهما لان توكيل احدهما في حال
بقاء عقد المفاوضة كتوكيلهما فصار وكيلا من جهتهما جميعا فلا ينعزل بنقضهما الشركة بينهما كذا في المبسوط
وتصرف الموكل فيما وكل الوكيل به يعني من وكل آخر بشئ من الاثباتات او الاسقاطات ثم تصرف فيه
بنفسه بطلت الوكالة فاذا وكله باعتاق عبده او بكتابته فاعتقه او كاتبه بنفسه بطلت الوكالة وكذا لو وكله
بتزويج امرأة معينة ثم تزوجها بنفسه حتى لو ابانها لم يكن للوكيل ان يزوجها منه لانقضاء الحاجة بخلاف
ما لو تزوجها الوكيل وابانها فان له ان يزوجها الموكل لبقاء الحاجة وكذا لو وكل بشراء شئ بعينه فاشتراه
بنفسه حتى لو باعه ثم اشتراه المأمور للآمر لم يجز وكذا لو وكله بطلاق امرأته فطلقها بنفسه ثلاثا او واحدة
وانقضت عدتها لانه اذا وكله بالطلاق ثم طلقها بنفسه واحدة او ثنتين بائنة كانت او رجعية كان له
ان يطلقها ما دامت في العدة والاصل فيه ان ما كان الموكل فيه قادرا على الطلاق كان وكيله كذلك
فكذا اذا وكل بالخلع فخالعها وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه بطلت فلو رد عليه بعيب بقضاء فعن ابي
يوسف انه ليس للوكيل ان يبيعه لان بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل بخلاف ما اذا قبله الموكل
بالعيب بعد البيع بغير قضاء فانه ليس للوكيل ان يبيعه مرة اخرى بالاجماع لانه كالعقد المبتدأ في حق غير
العاقدين والوكيل غيرهما فكان في حق الوكيل كان الموكل اشتراه ابتداء وقال محمد له ان يبيعه مرة اخرى
لان الوكالة باقية لانه اطلاق وهو باق والامتناع كان لعجز الوكيل وقد زال بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب
بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل ان يهب لان الموكل مختار في الرجوع فكان ذلك دليل زوال الحاجة فاما الرد علم به
بقضاء فبغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه كان له ان يبيعه ولا يشترط
في الموت وما بعده علم الوكيل لانه عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل كما من
العناية والعلم شرط للعزل الحقيقي كما في الجواهر والنظم وغيرهما كذا في القهستاني فرع وفي شرح الطحاوي
تعليق العزل بالشرط باطل وتعليق الوكالة بالشرط جائز وفي النوازل لو قال الموكل للوكيل رد على الوكالة
فقال رددت الوكالة ينعزل وكذا لو لم يقل الموكل رد علي الوكالة لكن الوكيل قال رددت الوكالة وعلم الوكيل
ينعزل وفي المنتقى رجل وكل رجلا ببيع عبد له او خصومة او تقاضي دين ثم قال له لا والله ما وكلتك بشئ فقد عزلت
تهاونك قال هذا اخراج منه له من الوكالة وفي الفتاوى الصغرى اذا وكل رجلا وكالة معلقة بالشرط ثم عزله قبل
وجود الشرط عند ابي يوسف لا يصح وعند محمد يصح وعليه الفتوى والزوج لو وكل رجلا بطلاق امرأته ثم يطلها
ثم عزله المختار انه ينعزل وفي فتاوى اهل سمرقند لو قال للآخر كلما عزلتك فانت وكيلي ثم قال كلما عدت وكيلي فقد

غزلتك

عزلتك اختلف المشايخ فيه والمختار انه يملك اخراجه مجيزا من الوكيل ما خلا الطلاق والعتاق وما خلا التوكيل
بسؤال الخصم وسمعت عن الشيخ الامام ظهير الدين انه يحكي عن الاوزجندي انه ينقل عن المرغيناني انه يقول
اذا اراد عزله يقول عزلتك عن الوكالة المطلقة ورجعت عن الوكالة المعلقة فاذا قال هكذا ينعزل وبه يفتي
الكل من الخلاصة كتاب الدعوى لما كانت الوكالة بالخصومة لاجل الدعوى ذكر الدعوى عقيب الوكالة
وهي مشتقة من الدعاء وهو الطلب والفها للتأنيث فلا تنون وجمعها دعاوى بفتح الواو كفتوى وفتاوى
فهي في اللغة قول يطلب به الانسان اثبات حق لنفسه على الغير وفي عرف الفقهاء مطالبة حق في مجلس
من له التخليص عند ثبوته وسببها تعلق البقاء المقدر بتعاطي المعاملات لان المدعى اما ان يكون راجعا الى
النوع كما في دعوى النسب او الى الشخص وشرطها حضور خصم ومعلومية المدعى وكونه ملزما على الخصم فان ادعى على
غائب لم تسمع وكذا ان كان المدعى مجهولا لعدم امكان القضاء وان ادعى انه وكيل هذا الحاضر وهو منكر
فكذلك لامكان عزله في الحال وحكم الصحيحة منها وجوب الجواب على الخصم بالنفي او الاثبات وشرعيتها ليست
لذاتها بل لانقطاعها بالقضاء دفعا للفساد المظنون ببقائها وادلتها على شرعيتها من الكتاب والسنة كثيرة
كذا في العناية ولابد في اثباتها من البينة وهي في اللغة من البيان وهو الكشف والاظهار وفي الشرع ما يظهر
صدق المدعي ويكشف الحق والاصل في الباب قوله صلى الله عليه وسلم لو ترك الناس بدعواهم لادعى
قوم دماء قوم واموالهم لكن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه وفي رواية اليمين على من انكر وروي
ان حضرميا وكنديا اختصما بين يدي رسول الله عليه السلام فقال للمدعي الك بينة قال لا فقال لك يمينه
ليس لك غير ذلك هي اي الدعوى على ما في الوقاية اخبار عند القاضي والحكم بحق معلوم له اي للمخبر على
غيره بحضوره فانه لا تصح الدعوى الا في مجلس القضاء على خصم حاضر ولما كانت الدعوى لا تتأتى الا من مدع
على مدعى عليه وكان معرفة الفرق بينهما من اهم ما يبتني عليه مسائل الدعوى كما اشار اليه النبي عليه السلام
حيث قال البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه صرح بتعريفهما واختار فيه ما في القدوري فقال والمدعي
شرعا من لا يجبر اي لا يكره على الخصومة اي المخاصمة وطلب الحق اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة
والجواب فان هذا احد عام صحيح وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة يعني البينة او باقرار المدعى عليه كالخارج
والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد وهو ليس بعام اي جامع لعدم تناوله صورة المودع
اذا ادعى رد الوديعة اذ لا يصدق عليه انه لا يستحق الا بحجة حيث يقبل قوله في الضياع بيمينه بل هو لا يستحق
لشئ ولعله غير صحيح لان المدعى عليه من يدفع الاستحقاق عن غيره وقيل المدعي من يلتمس غير الظاهر والمدعى
عليه من يتمسك بالظاهر ومعناه قول من قال المدعي كل من ادعى باطنا ليزيل به ظاهرا والمدعى عليه من ادعى
ظاهرا او قرار الشئ على هيئته والظاهر كون الاملاك في يد المالك وبراءة الذمم فالمدعي من هو يريد ازالة
الظاهر والمدعى عليه يريد قراره على ما كان ولعله منقوض بالمودع فانه مدعى عليه وليس يتمسك بالظاهر
اذ رد الوديعة ليس بظاهر لان الفراغ ليس باصل بعد الاشتغال ولهذا قلنا اذا ادعى المديون براءة
ذمته بدفع الدين الى وكيل رب المال وهو ينكر الوكالة فالقول لرب الدين لان المديون يدعي براءة بعد
الشغل فكانت عارضة والشغل اصلا ويجوز ان يورد بالعكس بانه مدعي ويتمسك بالظاهر وهو عدم الضمان
وقال محمد في الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لما ورد من قوله صلى الله عليه وسلم اليمين على من انكر وروي اليمين

على المدعى عليه لكن يأت ان في معرفة من انكر والترجيح بالفقه عند الحذاق من اصحابنا فاذا تعارض الجهتان في صورة
فالترجيح لاحدهما على الاخرى يكون باعتبار المعنى دون الصورة فان المودع اذا قال رددت الوديعة فهو مدع
الرد صورة فلو اقام على ذلك بينة قبلت والقول قوله مع يمينه ايضا فكان مدعى عليه فاذا اقام البينة اعتبر الصورة
وان عجز عنها اعتبر معناها فانه ينكر الضمان والقول قول المنكر مع يمينه كذا في العناية فرع ولو باع شيئا ولم يسلم
الى المشتري حتى ادعاه رجل فانه يشترط حضرة البائع والمشتري فلذا لو اراد الشفيع ان ياخذ الدار بالشفعة
وهي في يد البائع يشترط حضرة البائع والمشتري ولو ادعى على صغير شيئا بحضرة وصيه ذكر الشيخ الامام المعروف
بخواهرزاده في شرح القسمة انه يجوز ولا يشترط حضرة الصغير ولم يفصل بينهما اذا كان المدعى به عينا او دينا وجب
بمباشرة الوصي او لا بمباشرته وذكر الناطفي انه لو ادعى دينا وجب بمباشرة الوصي لا يشترط حضرة الصغير
وان كان دينا وجب لا بمباشرة الوصي كضمان الاستهلاك ونحو ذلك يشترط حضرة الصغير للاشارة
اليه وذكر الخصاف انه لو ادعى على صبي محجور مالا بالاستهلاك او غصب ان كان المدعي يقول لي بينة حاضرة
يسمع دعواه ويشترط حضرة الصغير ويحضر معه ابوه او وصيه حتى اذا قضى القاضي بالمال يؤمر الاب والوصي بالاداء
وان لم يكن للصبي اب ولا وصي وطلب المدعي من القاضي ان ينصب وصيا للصغير اجابه القاضي الى ذلك لكن يشترط
حضرة الصغير وعند بعض المتأخرين يشترط حضرة الصغير عند الدعوى سواء كان الصغير مدعيا او مدعى عليه
قال مولانا وينبغي ان لا يشترط حضرة الاطفال عند الدعوى كما ذكره الامام المعروف بخواهرزاده كذا في قاضي خان
ولا تصح الدعوى قد اشرنا قريبا ان الدعوى قد تكون صحيحة وقد تكون فاسدة فالصحيحة ما يتعلق به احكامها
للخصم ووجوب الحضور والمطالبة بالجواب ووجوب الجواب اذا انكر والاثبات بالبينة ولزوم احضار المدعى
والفاسدة بخلاف ذلك بان لا تكون ملزمة لشيء على الخصم اذا ثبت كمن ادعى على غيره انه وكيله او يكون المدعى
مجهولا في نفسه كذا في الكفاية قال صاحب الاختيار ولا تصح الدعوى الا في مجلس القضاء على خصم حاضر اعلم ان الدعوى
اذا صحت عند القاضي وجب على الخصم الحضور الى مجلس القاضي قال الله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم
اذا فريق منهم معرضون ذمهم الله تعالى على ترك الحضور وهو الاعراض عن الاجابة وحكي عن علي رضي الله عنه ان امرأة الوليد
بن عقبة جاءت الى رسول الله تستعدي على زوجها فاعداها فقالت ابى ان يجيء فاعطاها هدبة من ثوبه
فجاءت ولان الحكام يحضرون الناس بمجرد الدعوى من لدن رسول الله الى يومنا هذا من غير نكير فاذا حضر
وادعى وجب عليه الجواب بلا او بنعم حتى لو سكت كان انكارا فتسمع البينة عليه دفعا للضرر عن المدعي
الا ان يكون اخرس انتهى كلام الاختيار استعدى فلان الامير على من ظلمه اي استعان به فاعداه عليه اي
اعانه عليه ونصره كذا في المغرب الا بذكر شيء علم جنسه وقدره وقد ذكرنا ان معلومية المدعى شرط لصحة
الدعوى فلا بد من ذكر ما يعينه من بيان جنسه كالدراهم والدنانير والحنطة وغير ذلك وقدره مثل كذا وكذا
درهما او دينارا لان فائدة الدعوى الالزام باقامة الحجة والالزام في المجهول غير متحقق فان كان المدعى
دينا اي حقا في الذمة ذكر مدعيه انه يطالبه به لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه وهذا لان صاحب الذمة قد حضر
فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد من تعريفه بالوصف بان قال ذهبا او فضة فان كان مضروبا يقول كذا وكذا
دينارا او درهما جيدا او رديا او وسطا اذا كان في البلد نقود مختلفة اما اذا كان في البلد نقد واحد او نقود
احدها اروج فلا حاجة لذلك فانه يصير ذلك كالملفوظ في الدعوى فلا يحتاج الى البيان ذكره في النهاية قال في العناية

في كل

رجل ادعى دابة او دارا في ايدي الغير لا تقبل بينة المدعي الا بحضرة الاثنين والمستاجر جميعا وكذا الرهن ... فصول دعوى العمادي

وفي الجملة لا بد في كل جنس الاعلام باقصى ما يمكن به التعريف انتهى ولو ادعى على آخر عشرة دراهم عند القاضي وقال
لي عليه عشرة دراهم ولم يزد على هذا قال بعض المشايخ الدعوى صحيحة وقال بعضهم لا تصح ما لم يقل للقاضي
مره حتى يعطيني وقال ابو نصر الصحيح انه تسمع الدعوى كذا في الخلاصة وان كان المدعى عينا نقليا ذكر
مدعيه انها اي العين في يد المدعى عليه اي في تصرفه بحيث ينتفع بها من غير حق فان الشيء قد يكون
في يد غير المالك بحق كالرهن في يد المرتهن والمبيع في يد البائع لاجل قبض الثمن ثم لو شهدوا انه ملك المدعي
بلا ذكر انه في يده بغير حق فالاصح انه تقبل كما في خزانة المفتين كذا في القهستاني قال قاضي خان اذا شهدوا
بشيء ينقل ان هذا الشيء ملك المدعي يجوز شهادتهم وان لم يشهدوا انه في يد المدعى عليه بغير حق لانهم
لما شهدوا له بالملك وملك الانسان لا يكون في يد غيره الا بعارض والبينة تكون على المدعي العارض ولا تكون
على صاحب الاصل وقال بعضهم ما لم يشهدوا انه في يد المدعى عليه بغير حق لا يقطع يد المدعى عليه والاول اصح
وفيما سوى العقار لا يشترط ان يشهدوا انه في يد المدعى عليه لان القاضي يراه في يده فلا حاجة الى
البيان بخلاف العقار انتهى كلام قاضي خان وذكر انه يطالبه بها لما مر ان المطالبة حقه فلا بد من طلبه حتى
يجب على القاضي اعانته ولا بد من احضارها يعني ان كان المدعى به عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها
الى مجلس الحكم ان امكن احضارها بان لا يكون لها حمل ومؤنة كالمسك والزعفران فان لم يمكن بان يكون
له حمل بان يكون بحال لا يحمله الى مجلس القاضي الا بالاجرة او لا يمكن رفعه بيد واحدة او يختلف سعره
في البلدان على الخلاف لم يجبر على الاحضار فان كان صبرة او قطيعا او رحى فللقاضي ان يحضر بنفسه او يبعث
امينا يسمع الدعوى والبينة ويقضي ثم ان كان خارج المصر ففيه كما في العمادي وذكر في الخزانة انهم لو شهدوا
بشيء مغيب عن المجلس قبلت وان امكن احضاره بخلاف ما قال بعض الجهال انه لا يقبل كذا في القهستاني
قال قاضي خان وان كان المدعى به منقولا عظيما لا يمكن نقله الا بمؤنة وضرر اختلفوا فيه قال بعضهم ينقل
الى مجلس القاضي ومؤنة النقل على المدعى عليه والصحيح ان القاضي يبعث رجلا يسمع الشهادة بحضرة المدعى
به ويشهدوا معه فيشهدوا عند القاضي ان شهود المدعى عليه شهدوا للمدعي حينئذ يقضي القاضي
للمدعي والذي بعثه القاضي لسماع الشهادة لا يكون قاضيا فلا بد من القضاء بتلك الشهادة انتهى ليشار اليها
اي الى العين المدعى بها عند الدعوى والشهادة والحلف وذكر في القاعدية والاحتياط ان يجمع الحالفين بين
الاشارة بالاصبع وبين اسم الاشارة والمشار اليه كذا في القهستاني قال قاضي خان ولا بد للشهود ايضا
ان يشهدوا بالملك واشاروا بايديهم الى المدعي والعين المدعى بها والاشارة بالرأس لا تكفي الا اذا علم
باشارتهم الاشارة الى العين المدعى بها انتهى وذلك لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط نفيا للجهالة وذلك في
المنقول بالاشارة لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف لكونها بمنزلة وضع اليد عليه بخلاف ذكر
الاوصاف فان اشتراك شخصين فيها ممكن فاذا حضر شخص عند حاكم وقال لي على فلان كذا درهما مثلا
اشخصه اليه لان الصحابة رضي الله عنهم فعلوا كذلك يجب على المطلوب حضوره في مجلس الحكم والقضاء من اولهم
الى آخرهم اجمعوا على هذا والاصل فيه قوله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون الى
قوله بل اولئك هم الظالمون سماهم ظالمين لاعراضهم عند الطلب فاذا حضر وجب عليه الجواب بالاقرار
او الانكار ليفيد حضوره ولزم عليه احضار المدعى لما تمكنا من الاشارة اليها ولزم عليه اليمين اذا انكره وعجز

كالخشب العظيم والرحى والصبرة من الطعام والقطيع من الغنم ...

المدعي عن اقامة البينة وان تعذر احضارها حقيقة بان كانت هالكة او حكماً كالخشب العظيم وجالرحى والغنم
الكثير والمكيل والموزون وغيرها مما لا يمكن نقله الا بمؤنة وضرر فتذكر ما نقل عن قاضيخان يذكر قيمتها يعني اذا
وقع الدعوى في عين غائبة عن المجلس لا يدرى مكانها الزم المدعي ذكر قيمتها ليصير المدعي معلوما اذ ذكر الوصف ليس بكاف
لان العين لا تعرف بالوصف وان بولغ فيه لامكان المشاركة فيه كما مر فذكره في تعريفها غير مفيد والقيمة شيء
تعرف به العين فذكرها يكون مفيدا وقال الفقيه ابو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة بناء
على ان القضاء بقيمة المستهلك بناء على القضاء بملك المستهلك عند ابي حنيفة لان حق المالك قائم في العين
المستهلكة عنده فانه صح الصلح عن المغصوب على اكثر من قيمته فلو لم يكن عين المستهلك ملكا له ما جاز ذلك لكون الواجب
حينئذ في ذمة المستهلك قيمة المغصوب وهي دين في الذمة والصلح على الاكثر من جنس الدين لا يجوز واذا كان كذلك
لا بد من بيان المستهلك في الدعوى والشهادة ليعلم القاضي باي شيء يقضي فلا بد من ذكر الانوثة والذكورة ومن
المشايخ من ابى ذلك لان المقصود في دعوى الدابة المستهلكة القيمة فلا حاجة الى ذكر الذكورة والانوثة كذا في
العناية وذكر في الاصل اذا قال المدعي ان المدعى به هالك في يد المدعى عليه وقال لا ادري انه قائم او هالك فبحر يشترط
لصحة الدعوى بيان القيمة باتفاق الروايات كذا في يمين قضاء الخلاصة وذكر في الاقضية في باب اليمين
ان المدعي اذا ادعى عينا وقال انه قائم لا يشترط ذكر القيمة في مختصر القدوري شرطوا [illegible] قال الصحيح كذا في
محاضر الخلاصة قال العلامة النسفي في الكافي ان المدعي ان لم يبين القيمة وقال غصب مني عينا كذا ولا ادري
انه هالك او قائم ولا ادري كم كانت قيمته ذكر في عامة الكتب انه تسمع دعواه لان الانسان ربما لا يعرف
قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة لتضرر به انتهى وعزاه الى القاضي فخر الدين وصاحب الذخيرة وقال الزيلعي
فاذا سقط بيان القيمة عن المدعي سقط عن الشهود ايضا بل اولى لانهم ابعد عن ممارسته كذا في حاشية
سعدي چلبي اكمل العناية وقد عرفت فيما يترتب على صحة الدعوى من توجه اليمين على المدعى عليه اذا انكر
والجبر على البيان اذا اقر او نكل عن اليمين ونحو ذلك فتذكر وفي دعوى العقار يذكر المدعي انه في يد
المدعى عليه وانه يطالبه به لانه اذا لم يكن في يده لا يكون خصما وان الحق للمدعي فلا يستوفي الا بطلبه
ولانه يحتمل ان يكون في يده رهنا او محبوسا بالثمن فاذا طالبه زال الاحتمال كذا في الاختيار حتى قيل
يجب ان يقول انه في يده بغير حق كذا في شرح المجمع لابن ملك فوجه قوله لا يحتاج الى قوله بغير حق ان في
ثبوت اليد على العقار شبهة لكونه غير مشاهد بخلاف المنقول فان فيه مشاهد فوجب دفعها في دعوى
العقار باثباته بالبينة لتصح الدعوى وبعد ثبوته يكون احتمال كون اليد لغير المالك كالرهن في يد المرتهن
والمبيع في يد البائع شبهة الشبهة واليد في المنقول مشاهد لا يحتاج الى الاثبات لكن فيه الشبهة
الشبهة المذكورة فوجب دفعها بقول المدعي انه في يد المدعى عليه بغير حق لتصح الدعوى وقولهم ان الدعوى
لا تصح الا على ذي اليد وان الشبهة معتبرة يجب دفعها لا شبهة الشبهة تقتضيان مسلمان هذا خلاصة ما في
الدرر والمفهوم منه ظاهره ان ليس في ذلك خلاف لكن قال القهستاني انه يزيد قوله بغير حق في العقار
ايضا عند بعض المشايخ كما في قاضيخان والخزانة فهو المختار عند كثير من اهل الشروط انتهى ولا تثبت
اليد فيه اي في العقار بتصادقهما في الصغرى في آخر كتاب القضاء اذا ادعى على آخر ضيعة فاقر المدعى عليه انها
في يده فاقام المدعي البينة انها ملكه وقضى القاضي بذلك لا ينفذ قضاؤه ما لم يعرف القاضي انها في يده او قامت

البينة

البينة عليه وفيها ايضا اول كتاب الدعوى لو قال المدعى عليه هذه الضيعة ليست في يدي فاراد المدعي ان
يحلفه لذلك حتى يقر فاذا اقر باليد يحلف انها ليست بملكي حتى يقر بالملك للمدعي فان اقر يامره القاضي بترك
التعرض لكن ان اراد المدعي اقامة البينة على الملك لا بد ان يثبت اليد بالبينة وذكر بعد هذا باسطر رجل
ادعى المنقول فاقر المدعى عليه انه في يده يقبل اقراره اما اذا ادعى العقار فاقر انه في يده لا يقبل حتى يقيم البينة
فان لم يكن يحلفه الكل من الخلاصة بل تثبت اليد فيه ببينة بان يشهدوا انهم عاينوا انه في يده حتى لو قالوا سمعنا
ذلك لم تقبل وكذا في غير هذه الصورة لا بد في الشهادة على اليد من ذلك او علم القاضي انه في يده في الصحيح هو
احتراز عما قال بعضهم ان اليد في العقار تثبت بتصادقهما كما في المنقول وجه الصحيح ان في عدم ثبوت
اليد في العقار بالتصادق نفيا لتهمة المواضعة لان العقار قد يكون في يد غيرهما وهما تواضعا على ان يصدق
المدعى عليه المدعي بان العقار في يد المدعى عليه ليحكم القاضي باليد للمدعى عليه حتى يتصرف فيه المدعى عليه فصار
القضاء فيه قضاء بالتصرف في مال الغير وذلك يفضي الى نقض القضاء عند ظهوره في يد ثالث بخلاف المنقول
فان اليد فيه مشاهدة ارض ادعاها رجلان كل منهما يدعي انها في يده ان كان احدهما قد لبن او
حفر بئرا فهو للذي احدث فيها هذه الافعال ولو اقام احدهما البينة يقضي بكونها في يده بناء على ان دعوى
اليد بانفراده مسموعة ولو اقاما البينة على اليد يقضي باليد لهما ولو ارادا قسمتها لم يقسمها القاضي بينهما
حتى يقيما البينة انها لهما عقارا وضياع في يد رجل جاء رجل وغلب عليه واحدث يده عليها لا يصير بهذا ذا اليد
لو شهد الشهود في الاجمة والغيضة انها في يده تقبل ان لم يسألهم القاضي عن تفسير ذلك وان سألهم
فهو احوط كما في ملك الرقبة واليد على الاجمة والغيضة انما تثبت بقطع الشجر وبيعها من غير منازع ولو قال
الشهود رأينا دوابه وغلمانه في هذه الدار يدخلون لا يقضى بكون الدار في يده حتى يقولوا كانوا سكانا فيها كذا
في الخلاصة ولا بد فيه اي في العقار المدعى به من ذكر البلد والحدود الاربعة في الدعوى والشهادة فيبدأ بذكر البلد
لانه اعم ثم بالمحلة التي فيها العقار ثم يبين الحدود لانه لما تعذر تعريفه بالاشارة لتعذر النقل صير الى ذلك لتحصيل
التعريف باقصى ما امكن فيه ولا بد من ذكر اسماء اصحابها اي اسماء اصحاب الحدود لان التعريف يحصل بذلك
ومن ذكر اسماء انسابهم ليتميزوا عن غيرهم الى الجد اب الاب فانه لا بد من ذكر جد كل واحد من اصحاب الحدود
اذا لم يكن الرجل مشهورا بين الناس لان تمام التعريف يحصل به عند ابي حنيفة في الصحيح من مذهبه وفي الرجل
المشهور مثل ابي حنيفة وابن ابي ليلى يكتفى بذكره ولا يحتاج الى ذكر النسب لحصول التعريف بدونه وفي الدار
لا بد من التحديد وان كانت مشهورة عند ابي حنيفة وعندهما لا يشترط لان الشهرة مغنية عنه ولنا ان قدرها
لا يصير معلوما الا بالتحديد فان ذكر ثلاثة من الحدود وترك ذكر الحد الرابع صح عندنا وقال زفر لا يصح لان التعريف
لم يتم بها كما لو غلط فيه ولنا ان للاكثر حكم الكل وان ذكره اي الرابع وغلط فيها لا يصح لان المدعي يختلف بها بغلط
في الحدود ولا كذلك تركه كما لو شهدت شاهدان بالبيع وقبض الثمن وتركا ذكر الثمن جاز ولو غلطا في الثمن
لا تجوز شهادتهم لانه صار عقدا آخر بالغلط وبهذا الجواب يبطل قياس الترك على الغلط وكما يشترط التحديد
في الدعوى يشترط في الشهادة واذا صحت اي دعوى المدعي باستجماع شرائطها اذ لو فسدت يقول القاضي
للمدعي قم فصحح دعواك وفي الكفاية يشترط لصحة الدعوى مجلس القضاء حتى لو كانت في غيره لا يستحق على المدعى عليه
جوابها سأل القاضي الخصم اي المدعى عليه عنها اي عن الدعوى لينكشف له وجه الحكم فانه على وجهين اما ان يكون

امرا بالخروج عما لزمه بالحجة او يصير ما هو بعرضية ان يصير حجة حجة وذلك لانه اما ان يعترف بما ادعاه او ينكر فان
كان الاول فالحكم فيه ان يأمره بالخروج عما اقر به لان الاقرار حجة بنفسه لا يتوقف على قضاء القاضي لكمال ولاية الانسان
على نفسه فكان الحكم من القاضي امرا بالخروج عن موجب ما اقر به ولهذا قالوا اطلاق الحكم توسع وان كان الثاني
فالحكم فيه ان يجعل القاضي الشهادة المحتملة للصدق والكذب التي هي بعرضية ان يصير حجة اذا قضى القاضي
بها حجة في حق العمل مسقطا احتمال الكذب فيها فاذن لا بد من السؤال لينكشف له احد الوجهين فاذا سأل
فان اقر الخصم بما ادعاه المدعي حكم عليه اي امر القاضي المدعى عليه بالخروج عنه وان انكر صريحا او غير صريح كما اذا
قال لا اقر ولا انكر فانه انكار عندهما كذا في المنية سأل القاضي من المدعي البينة على ما ادعاه لقوله عليه السلام
الك بينة فقال لا فقال فلك يمينه سأل النبي عليه السلام ورتب اليمين على فقد البينة فان اقام يعني فان
احضر البينة قضى بها لانتفاء التهمة عن الدعوى لترجح جانب الصدق على الكذب والا اي وان لم يقم المدعي
البينة بان يقول لا شهود لي او هم غيب او مرضى حلف القاضي الخصم ان طلبه اي التحليف خصمه وهو
المدعي لان اليمين حق له الا يرى كيف اضيف اليه بحرف اللام في قوله عليه السلام فلك يمينه قيل انما جعل يمين
المنكر حق المدعي لانه يزعم ان خصمه اتوى حقه بالكاره فالشرع جعل له حق استحلافه حتى ان كان الامر
كما زعم فاليمين الغموس مهلكة لخصمه فيكون اتواء بمقابلة اتواء وهو مشروع كالقصاص وان كان الامر بخلاف
ما زعم فالمدعى عليه ينال الثواب بذكر اسم الله صادقا كذا في النهاية ولو استحلف المدعي بعد ما حلفه القاضي بلا طلبه
حلف ثانيا فلا يحلف قبل طلبه وهذا عند الطرفين وكذا عند ابي يوسف الا في مسائل منها تحليف الشفيع انه ما
ابطل شفعته وتمامه في العمادي وينبغي ان يستثنى من كان له دين على الميت فانه يحلف قبل طلب الوصي
والوارث بالاجماع انه لم تستوف دينك من الميت بوجه كما في الخلاصة وغيرها كذا في القهستاني وذكر في الفتاوى
يحلف على عدم الاستيفاء وان ابى الورثة عن التحليف لانه حق الميت كذا في البزازية فان حلف الخصم انقطعت
الخصومة بينهما لما روينا من قوله عليه السلام ليس لك غير ذلك فاذا اراد القاضي تحليفه في دعوى المال حلفه بالله ما
لهذا المدعي عليك المال الذي يدعي ولا شيء لانه لو حلفه على الكل ربما يكون عليه بعض ذلك المال لا الكل فيحلف ولا
يبالي ولو حلف واشار باصبعه في كمه الى رجل غير المدعي بالله ما له علي شيء لم يكن حانثا قضاء حتى لو كانت
يمينه بالطلاق يقع الطلاق كذا في قاضي خان فتذكر ما نقلناه عن القاعدي فيما تقدم حتى تقوم البينة على ما ادعاه
فتقبل قال عليه السلام اليمين الفاجرة احق ان ترد من البينة العادلة ولان طلب اليمين لا يدل على عدم البينة
لاحتمال انها غائبة او حاضرة في البلد ولم يحضرها ولان اليمين بدل من البينة فان قدر على الاصل بطل حكم الخلف
كذا في الاختيار ولبعض القضاة من السلف كانوا لا يسمعونها بعد اليمين ويقولون يترجح جانب صدقه
باليمين فلا تقبل بينة المدعي وهذا القول ليس بشيء لان عمر رضي الله عنه قبل بينة من المدعي بعد يمين المنكر وكان
شريح يقول اليمين الفاجرة احق ان ترد من البينة العادلة وهل يظهر كذب المنكر باقامة البينة والصواب
انه لا يظهر حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور ذكره الزيلعي كذا في الدرر فان نكل المدعى عليه اي امتنع
عن الحلف بعد استحلافه بان قال لا احلف مرة قال في الهداية ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا احلف وقد
يكون حكميا بان يسكت وحكمه حكم الاول اذا علم انه لا آفة به من طرش او خرس هو الصحيح انتهى ولو قال المدعى
عليه لا اقر ولا انكر فالقاضي لا يستحلف عند ابي حنيفة بل يحبس حتى يقر او ينكر وقالا يستحلف كذا في المجمع او

سكت

او سكت بلا آفة من طرش او خرس او غيره فانه نكول حكما فقضى على المدعى عليه بالمال المدعى بالنكول اي بسبب
الامتناع عن الحلف صح ذلك القضاء ونفذ عند عامة المشايخ وهو الصحيح لانه بمنزلة الاقرار فلو قال بعد
القضاء انا احلف لم يلتفت اليه ولا بد ان يكون النكول في مجلس القضاء دون غيره كما في العمادي كذا في القهستاني
وقال الشافعي لا يقضى عليه بالنكول بل ترد اليمين على المدعي فان حلف قضى به له وان نكل انقطعت
المنازعة لان نكول المدعى عليه يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة ويحتمل الاشتباه
للحال عليه وما كان كذلك لا ينتصب حجة بخلاف يمين المدعي لانه دليل الظهور فيصار اليه ولنا اجماع
الصحابة على جواز القضاء بالنكول ولان النكول دل على كونه باذلا كما هو عند ابي حنيفة او مقرا كما هو عندهما
اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين دفعا للضرر عن نفسه واداء للواجب عليه لقوله عليه السلام واليمين على
من انكر وقد عرفت ان الحالف صادقا ينال الثواب بذكر اسم الله تعالى على وجه التعظيم فترجحت هذه
الجهة على غيرها من الترفع والتورع والاشتباه لان الظاهر ان العاقل يأتي بالواجب وفيه دفع الضرر عن
نفسه فلا يترفع عن الصادقة والظاهر من حال المسلم ان لا يكذب فلا يكون نكوله تورعا عن الكاذبة ظاهرا
فانا اذا حملنا نكول المدعى عليه على التورع عن الكاذبة يلزمنا تكذيب المسلم في انكاره قبل عرض اليمين عليه
فلم نحمل عليه حاله لانا امرنا بحمل حال المسلم على الصلاح ونهينا عن سوء الظن به وسقوط احتمال الاشتباه
اظهر لانه لو كان نكوله لاشتباه الحال عليه لاستمهل حتى ينكشف الحال له كما هو العادة للمتردد فترجح جانب
البذل والاقرار على سائر الاحتمال بل تعين كما لا يخفى على من تعين فافهم وعرض اليمين ثلاثا ثم القضاء احوط
قال في الهداية وينبغي للقاضي انه يقول القاضي للمدعى عليه اني اعرض عليك اليمين ثلاث مرات فان حلفت
والا قضيت عليك بما ادعاه المدعي لان الانذار لاعلامه بالحكم اذ هو موضع الخفاء فاذا كرر العرض عليه
ثلاث مرات قضى عليه بالنكول وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء العذر
فاما المذهب انه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز هو الصحيح والاول اولى انتهى قوله هو الصحيح احتراز عما قيل
لو قضى بالنكول مرة واحدة لا ينفذ لانه اضعف من البذل والاقرار فيشترط فيه التكرار وصورة ذلك ان يقول
القاضي احلف بالله ما لهذا عليك ما يدعيه وهو كذا وكذا ولا شيء منه فان نكل يقول له ذلك ثانيا فان نكل
يقول بقيت الثالثة ثم اقضي عليك ان لم تحلف ثم يقول له ثالثا فان نكل قضى عليه بدعوى المدعي ولا ترد
يمين على مدع وان نكل الخصم عندنا وقال الشافعي اذا لم يكن للمدعي بينة ولم يحلف المدعى عليه رد الحاكم
اليمين على المدعي فان حلف قضى له والا لان الظاهر صارت شاهدا للمدعي عند نكول خصمه فيعتبر يمينه
كالمدعى عليه ولنا ان النبي عليه السلام قسم بين الخصمين فجعل البينة على المدعي واليمين على من انكر حيث قال
البينة على المدعي واليمين على من انكر والقسمة تنافي الشركة لانها تقتضي عدم التمييز والقسمة تقتضيه وايضا
جعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء فلا تكون للمدعي يمين ولا يقضى بشاهد واحد
ويمين اي يمين المدعي وقال الشافعي اذا اقام المدعي شاهدا واحدا ولم يكن له شاهد آخر وحلف على ما
ادعى قضى له الحاكم لما روي ان عليه السلام قضى بشاهد ويمين ولنا ما رويناه من قوله عليه السلام البينة
على المدعي واليمين على من انكر وما رواه مردود لوجوه احدها انه ورد مخالفا للكتاب لانه تعالى اوجب
للمدعي شهادة رجلين ونقل عند عدمهما الى شهادة رجل وامرأتين فالنقل الى غيره خلاف الكتاب ونقول

الزيادة عليه خلاف الكتاب الثاني انه ورد في حادثة عامة مختلفة بين السلف فلو كان ثابتا لارتفع الخلاف ولم يرتفع فدل على عدم ثبوته الثالث انه خبر آحاد وما رويناه مشهور قريب من التواتر فلا يعارضه لان خبر الآحاد اذا ورد معارضا للخبر المشهور يرد الرابع رده ائمة الحديث كيحيى بن معين وغيره الخامس ما روي عن معمر قال سمعت الزهري يقول القضاء بالشاهد واليمين بدعة واول من قضى به معاوية كذا في الاختيار وذكر في المحيط لو قضى القاضي بشاهد ويمين لا ينفذ لانه خلاف التنزيل كذا في شرح المجمع فلا يحلف عنده خلافا لهما والفتوى على قولهما في النكاح من التتمة والخانية في نكاح صورتها ان يدعي رجل على امرأة او هي عليه نكاحا والآخر ينكر ورجعة صورتها ان تدعي امرأة في العدة او بعدها او هو عليها بعد العدة انه راجعها فيها وانكر الآخر وفي ايلاء صورتها ان يدعي المولي عليها بعد المدة او هي عليه بعد المدة او قبلها انه فاء فيها وانكر الآخر واستيلاد صورتها ان تدعي امة على مولاها انها ولدت منه ولدا قد مات او سقطت سقطا مستبين الخلق وانكر المولى ولا يجري في هذه المسئلة العكس لان المولى اذا ادعى ذلك عليها يكون اقرارا منه ولا يعتبر جحودها ورق صورتها ان يدعي رجل على مجهول رقا او يدعي المجهول عليه انه رقيقه وانكر الآخر والمراد مجهول الحال صرح به في الفصول العمادية لا مجهول النسب كما توهم ونسب صورتها ان يدعي رجل على مجهول النسب انه ابنه او هو يدعي عليه والآخر ينكر وولاء صورتها ان يدعي على رجل معروف انه معتقه ومولاه او ادعى المعروف ذلك عليه او كان ذلك في ولاء الموالاة والآخر منكر ذكر قيد المعروف في الحقائق كذا في ايضاح ابن كمال قال الزيلعي قال القاضي الامام فخر الدين الفتوى على انه يحلف المنكر في الاشياء المذكورة كذا في حاشية الاكمل لسعدي چلبي وعندهما يحلف في كل ما ذكر لان النكول اقرار والظاهر انه يحلف على تقدير صدقه فاذا امتنع عنه ظهر انه غير صادق في الانكار اذ لو كان صادقا لاقدم عليه مع ما فيه من نيل الثواب باجراء اسمه تعالى على لسانه معظما له ودفع تهمة الكذب عن نفسه وابقاء ماله على ملكه فلولا هو كاذب في يمينه لما ترك هذه الفوائد الثلاثة فاذا كان النكول اقرارا والاقرار يجري في هذه الاشياء فيحلف بالنكول فيها حتى اذا نكل يقضي بالنكول ولابي حنيفة ان النكول بذل وهو قطع للخصومة بدفع ما يدعيه الخصم والمرء كثيرا ما يحترز عن اليمين الصادقة فيبذل شيئا ولا يحلف واذا امكن حمله على البذل لا يثبت الاقرار بالشك فيحمل على البذل لان انزاله باذلا اولى كيلا يصير كاذبا في الانكار السابق والبذل لا يجري في هذه الاشياء فانه اذا قال مثلا انا حر وهذا الرجل يؤذيني فدفعت اليه نفسي ان يسترقني او قال انا ابن فلان ولكن ابحت لهذا ان يدعي نسبي او قالت انا لست بامرأته لكن دفعت اليه نفسي وابحت له الامساك لا يصح فاذا لم يجر البذل في هذه الاشياء فات فائدة الاستحلاف لان فائدته القضاء بالنكول فلا يحلف الا ان هذا النكول بذل مجرد عن معنى التبرع بل هو لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون له بمنزلة الضيافة اليسيرة ومعنى البذل هنا ترك المنع والاعراض عن المنازعة لا الهبة والتمليك صرح بذلك في الهداية وشروحها ذكره ابن كمال في ايضاح الاصلاح وبه اي بقولهما يفتى كما في الكافي والمنتقى كذا في القهستاني واختار الفقيه ابو الليث الفتوى على قولهما لعموم البلوى ثم عندهما كل نسب يثبت من غير دعوى المال كالبنوة والزوجية والمال يستحلف عليه وكل نسب لو اقر به لا يثبت الا بدعوى المال كالاخ والعم لا يستحلف الا اذا ادعى بسببه مالا او حقا كدعوى الارث وعدم الرجوع في الهبة ونحوه كذا في الاختيار ولا يحلف في حد سواء كان خالصا حق الله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر وحد السرقة او دائرا بين الحقين

كحد القذف

كحد القذف حتى ان من ادعى على آخر انه قذفه وانكر القاذف لا يستحلف لان الغالب فيه حق الله تعالى عندنا فالتحق بالحدود الخالصة لله تعالى قال في النهاية لا يستحلف في الحدود بالاجماع الا اذا تضمن حقا بان علق عتق عبده بالزنا فقال ان زنيت فانت حر فادعى العبد انه زنى ولا بينة له عليه يستحلف المولى حتى اذا نكل ثبت العتق لا الزنا انتهى فينبغي ان يقول العبد في دعواه انه قد اتى بما علق عليه عتقي ولا يقول انه قد زنى كيلا يصير قاذفا مولاه كذا في حاشية الاكمل لسعدي چلبي ولعان بان تدعي المرأة القذف بالزنا ووجوب اللعان والزوج ينكر وهذا بالاتفاق ووجه الفرق عندهما ان النكول اقرار فيه شبهة والحدود تندرئ بالشبهات واللعان في معنى الحد والسارق يحلف يعني اذا كان مراد المسروق منه اخذ المال يستحلف السارق بالله ما له عليك هذا المال لانه يثبت بالشبهات فجاز ان يثبت بالنكول وعن محمد انه قال القاضي يقول للمدعي ماذا تريد فان قال اريد القطع يقول له القاضي الحدود لا يستحلف فيها فليس لك يمين وان قال اريد المال يقول له دع دعوى السرقة وابعث على دعوى المال فان نكل السارق عن اليمين ضمن المال ولم يقطع لان المنوط بنكوله شيئان الضمان والقطع والضمان يعمل النكول فيه لا في القطع فصار كما اذا شهد عليه رجل وامرأتان ويحلف الزوج ان ادعت زوجته طلاقا قبل الدخول اجماعا لان الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لا سيما اذا كان المقصود هو المال فان قلت هل في تخصيص ذكر قبل الدخول فائدة قلت هي تعليم ان دعوى المهر لا يتفاوت بين ان يكون في كل المهر او نصفه وفيه نظر لان الاطلاق يغني عن ذلك وليس توهم التقييد بذلك كذا في العناية وفيه بحث فانه لو اطلق لربما ذهب الوهم الى الطلاق بعد الدخول لغلبته فقيد به ليعلم حكم بطريق الاولى فانه اذا استحلف قبل تأكد المهر فبعده اولى كذا في حاشية سعدي چلبي على العناية وقيل انما قال قبل الدخول ليناسب ما قبله من مسئلة السرقة في اخذ المال من صاحبه بلا عوض فان نكل الزوج عن اليمين ضمن نصف المهر لثبوت الطلاق بالنكول وكذا في النكاح ان ادعت المرأة مهرا يعني ان ادعت المرأة النكاح وغرضها المال كالمهر والنفقة وانكر الزوج يحلف فان نكل يلزم المال ولا يثبت الحل عنده لان المال يثبت بالبذل لا الحل وفي النسب ان ادعى حقا كارث ونفقة وغيرهما بان ادعى رجل على رجل انه اخوه المدعى عليه مات ابوهما وترك مالا في يد المدعى عليه او طلب من القاضي فرض النفقة على المدعى عليه بسبب الاخوة فانه يستحلف على النسب فان حلف برئ وان نكل يقضي بالمال والنفقة دون النسب وكذا اذا ادعى الحجر في اللقيط بان كان صبي لا يعبر عن نفسه في يد ملتقط فادعت اخته حرة بريد قصر يد الملتقط بحق حضانتها وارادت استحلافه فنكل ثبت لها الحجر دون النسب وكذا اذا وهب لانسان عينا ثم اراد الرجوع فيها فقال الموهوب له انت اخي يريد بذلك ابطال حق الرجوع يستحلف الواهب فان نكل ثبت امتناع الرجوع ولا يثبت الاخوة لان المقصود هذه الحقوق دون النسب المجرد فان فيه تحميله على الغير وهو لا يجوز ولهذا الغائب تحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في حق الرجل والاب في حق المرأة دون الابن لان في دعواها الابن تحميل النسب على الغير واما المولى والزوج فان دعوى الولاية والزوجية يصح من الرجل والمرأة اذ ليس فيه تحميل على احد فيستحلف وهذا مبني على ان النكول بدل عن الاقرار فلا يعمل الا في موضع يعمل فيه الاقرار وفي القصاص يعني من ادعى قصاصا على غيره فجحد وليس للمدعي بينة يستحلف المدعى عليه بالاجماع سواء كانت الدعوى في النفس او فيما دونها فان نكل المدعى عليه عن اليمين في النفس حبس

حتى يقر او يحلف وفيما دونها يقتص عند ابي حنيفة وعندهما يضمن الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة
عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال اذ كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه خاصة كما اذا
اقر بالخطأ والولي يدعي العمد وفيما نحن فيه كذلك لانه لم يصرح بالاقرار بل اتى بما فيه شبهة البذلية او شبهة
الانكار اعني النكول فاشبه الخطأ في كون الامتناع لمعنى من جهة من عليه واما اذا كان الامتناع من جانب
من له كما اذا اقام على من ادعى رجلا وامرأتين او الشهادة على الشهادة فانه لا يقضي بشيء لان الحجة قامت
بالقصاص لكن تعذر استيفاؤه ولم يشبه الخطأ فلا يجب شيء ولا تفاوت في هذا المعنى بين النفس وما دونها
ولابي حنيفة ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للنفس كالاموال فيجري فيها البذل
الا يرى انه لو قال لغيره اقطع يدي فقطعها لا يجب الضمان وليس ذلك الا من حيث اعمال البذل بخلاف
الانفس حيث لا يجري فيها البذل فانه لو قال اقتلني فقتله يؤخذ بالقصاص في رواية وبالدية في الاخرى فان
قلت لو كانت الاطراف تسلك بها مسلك الاموال لجاز قطع يده من غيره ثم اذا قال اقطع يدي كما يباح له اخذ
ماله اذا قال له خذ مالي فالجواب ان عدم جوازه لعدم فائدته حتى لو كان القطع مفيدا كالقطع للآكلة وقلع السن
للوجع لم يأثم بفعله وما نحن فيه من البذل بالنكول مفيد لاندفاع الخصومة به فيكون مباحا فظهر بما ذكرنا ان
البذل في الاطراف جائز فيثبت القطع به وفي الانفس ليس بجائز فيمتنع القصاص واذا امتنع واليمين حق
مستحق عليه يحبس كما في القياس فانهم اذا نكلوا عن [illegible] يحبسون حتى [illegible] يقروا او يحلفوا فان قال
المدعي لي بينة حاضرة في المصر وفي المحيط اذا قال المدعي ليس لي بينة على هذا ثم اقام البينة عليه لا تقبل عند ابي حنيفة
لانه كذب بينته وتقبل عند محمد لانه يحتمل ان كان له بينة ونسيها كذا في شرح المجمع وطلب يمين خصمه لا يحلف بهذا
عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يحلف ومحمد مع ابي حنيفة في رواية ومع ابي يوسف في اخرى ثم هذا الخلاف فيما
اذا كانت حاضرة في المصر وان كانت خارج المصر يحلف بالاجماع وان كانت في مجلس الحكم لا يحلف بالاجماع
كذا في الزيلعي ويكفل من التكفيل بنفسه اي يؤخذ من المدعى عليه كفيل بنفسه يعني اذا كان الخصم مقيما قيل له اعطه
كفيلا عن نفسك استحسانا والقياس يأباه قبل اقامة البينة وجه الاستحسان ان الخصومة بمجرد الدعوى
مستحق عليه حتى لو امتنع عنه يعان عليه ويحال بينه وبين اشغاله فيصح التكفيل باحضاره نظرا للمدعي وضرر
المدعى عليه به يسير فيتحمل كالاعداء والحيلولة بينه وبين اشغاله [illegible] كذا في العناية فالحاصل ان القاضي يجيب الى
ذلك استحسانا لاحتمال انه يغيب قبل اقامة البينة وكذا لو اقام البينة قبل القضاء لاحتمال ان يغيب قبل
القضاء فيتعذر القضاء فيكفل مدة احضار الشهود الا يرى انه بمجرد الدعوى عند القاضي يعديه احياء للحقوق
وكذا هذا ويكفي في الكفيل ان يكون معروفا ليحصل التوثق ولا يشترط كونه مليا او تاجرا كذا في الاختيار ولا ان يطالب
وكيلا بالخصومة وصح ان يكون الواحد كفيلا ووكيلا وان اعطاه فلان يطالبه بالكفيل بنفسه او كيل وان كان
المدعي منقولا فلان يطالبه مع ذلك كفيلا بالعين ليحضرها كما في الكفاية واطلاقه مشير الى ان القاضي يكفله وان لم
يطلب المدعي وهذا اذا كان المدعي جاهلا بالخصومة واما اذا كان عالما فلا يكفله القاضي بلا طلبه كما في اللمع كذا في القهستاني
ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة في المصر للتكفيل حتى لو قال المدعي لا بينة لي او شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة لان
الفائدة هو الحضور عند حضور الشهود وذلك في الهلاك محال والغائب كالهالك من وجه اذ ليس كل غائب
يؤوب ثلاثة ايام هذا مروي عن ابي حنيفة وهو الصحيح ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال

والظهر

والخطير كذا في الهداية وقال قاضي خان والصحيح ان يكفله القاضي الى المجلس الثاني ان كان القاضي يجلس
كل ثلاثة ايام والصحيح انه اذا كان اكثر يكفله تلك المدة وقال شمس الائمة الحلواني ذلك مفوض الى رأي القاضي
وينبغي ان يكون الكفيل معروف الدار ومعروف التجارة وبعضهم شرطوا ان لا يكون لجوجا معروفا بالخصومة وان
يكون من اهل المصر ولا يكون غريبا فان ابى الخصم عن اعطاء الكفيل لازمه ودار معه حيث دار لئلا يضيع حقه
ولا يجبره على اعطاء الكفيل لو امتنع واذا امتنع عن اعطاء الكفيل وكان حقيقا امر المدعي بالملازمة وله ان يلازمه
بنفسه واعوانه واخوانه يطوف معه اينما طاف ولا يمنعه عن التصرف وان كان الخصم امرأة اجنبية لا يخلو بها
ولا بأس بان يطوف معها في السكة واذا دخلت دارا ارسل امرأة ثقة معها كيلا تغيب ولصاحب الدين
ان يلازم المديون بعد وجوب الدين وان لم يأمره القاضي بالملازمة اذا لم يكن القاضي فلس فان قال الغريم
احبسني وصاحب الدين يريد الملازمة كان له ان يلازمه وان طلب صاحب الدين من القاضي ان يأمر
واحدا من اعوانه حتى يلازمه لاستخراج المال فعل القاضي اختلفوا في جعل من يلازمه قال بعضهم يكون على
صاحب المال وقال القاضي الامام صدر الاسلام يكون على المديون لانه انما احتاج الى الملازمة لمطله فيكون
عليه كالسارق اذا قطعت يده كان ثمن الدهن الذي تحسم به العروق واجرة الجلاد على السارق
واعلم انه اذا توجه الحبس على المديون فان القاضي لا يسأل المديون ألك مال ولا يسأل المدعي ألد مال
في ظاهر الرواية فان سأل المديون من القاضي ان يسأل صاحب الدين اله مال سأله بالاجماع وان قال
الطالب هو معسر لا يحبسه لانه لو اقر بعسرته بعد الحبس اخرجه فقبل الحبس لا يحبسه ولو قال الطالب هو موسر
قادر على القضاء وقال المديون انا معسر تكلموا فيه قال بعضهم القول قول المديون انه معسر وقال بعضهم ان
كان الدين واجبا بدلا عما هو مال كالقرض او ثمن المبيع القول للمدعي اليسار روي ذلك عن ابي حنيفة وعليه
الفتوى لان قدرته كانت ثابتة بالبدل فلا يقبل قوله في زوال تلك القدرة وان لم يكن الدين بدلا
عما هو مال كان القول فيه للمديون الكل من قاضي خان ومن القضاة المتأخرين من اوجب حبس الخصم
لان المدعي يحتاج الى طلب الشهود وغيره كما في قضاء الذخيرة وتمامه في الكفاية وان كان الخصم غريبا
على الطريق يكفل او يلازم قدر مجلس القاضي يعني ان كان الخصم مسافرا فالكفالة والملازمة يقدر ان
بمقدار مجلس القاضي في المحكمة اذ ليس فيه كثير ضرر وفي الزيادة على ذلك زيادة ضرر لمنعه عن السفر لكن
في قاضي خان انه يكفل بل يؤجل الى آخر المجلس كذا في القهستاني وان ادعى الخصم انه مسافر وانكر المدعي ذلك
كان القول قول المدعي لان الاقامة في الامصار اصل دل عليه مسئلة ذكرها في النوازل رجل دخل مسجدا
من المساجد في المصر فام قوما في صلوة الظهر او العصر فلما صلى ركعتين سلم وخرج من المسجد ولم يعرف
انه كان مسافرا او مقيما فسدت صلوة القوم وعليهم الاعادة لان الاقامة في المصر اصل فيبتني الحكم
على ذلك ههنا وقيل القول قول المدعي مع يمينه على علمه وقال بعضهم القول قول المدعى عليه انه مسافر لانه
ينكر اعطاء الكفيل وقال بعضهم يتعرف القاضي عن رفقائه كذا في قاضي خان واليمين الذي يقضي بالنكول
عنه يكون بالله دون غيره لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله وليذر لا بطلاق وعتاق
فلو اراد المدعي تحليفه بالطلاق والعتاق في ظاهر الرواية لا يجيبه القاضي الى ذلك لان التحليف بالطلاق
والعتاق ونحو ذلك حرام وقال بعضهم جوزنا ذلك في زماننا والصحيح ظاهر كذا في قاضي خان ولو طلب
الرواية صح

يمين خصمه فاراد المطلوب ان يحلف بالله تعالى فقال الطالب لا اريد اليمين بالله انما اريد اليمين بالطلاق
كفر وهو الاصح هكذا نقله مولانا زاده عن الخزانة وقيل ان الح وبالغ الخصم على التحليف بهما صح التحليف
بهما في زماننا لقلة مبالاة المدعى عليه باليمين بالله لكنهم قالوا ان نكل الخصم عن اليمين بهما لا يقضى عليه
بالنكول لانه نكل عما هو منهي عنه شرعا ولو قضي به لا ينفذ قضاؤه كذا في شروح الهداية والزيلعي والايضاح
ولو طلب المدعى عليه تحليف الشهود لا يجيبه القاضي لانا امرنا باكرام الشهود ذكره في شرح المجمع نقلا عن
التبيين ويغلظ اليمين بان تؤكد بذكر صفاته تعالى وفي الخلاصة والذخيرة وغيرهما انه لا يغلظ عند اكثر
المشايخ كذا في القهستاني ان شاء القاضي مثل قوله قل والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي
يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه
وله ان يزيد في التغليظ على هذا وله ان ينقص منه ولكن يحترز من التكرار بادخال الواو العاطفة بين هذه الاسماء
لان المستحق له يمين واحدة وان شاء القاضي لم يغلظ فيقول قل بالله او والله وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح
ويغلظ على غيره لان ذلك يختلف باختلاف حال الحالف وصلاحه وخوفه وقلة مبالاته وغير ذلك وقيل يختلف بكثرة المال
وقلته وينبغي للقاضي ان يغلظ الحالف قبل الحلف ويعظم عنده حرمة اليمين ويتلو عليه قوله تعالى ان الذين يشترون
بعهد الله وايمانهم ثمنا قليلا الاية ويذكر له قوله عليه السلام من حلف على يمين صبر ليقتطع بها مال امرئ مسلم لقي الله
تعالى وهو عليه غضبان كذا في الاختيار وعن ابي يوسف انه يوضع المصحف على حجره ويقرأ الاية المذكورة ثم يحلف
في مكان من الامكنة الشريفة كذا في القهستاني لا يغلظ اليمين على المسلم بزمان او مكان لان المقصود
لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل في كل زمان ومكان بدون ذلك وفي اجرائه حرج على القاضي بحضوره وهو
مدفوع وقال الشافعي اذا كانت اليمين في قسامة ولعان او في مال عظيم ان كان بمكة فبين الركن والمقام
وان كان بالمدينة فعند منبر النبي عليه السلام وفي بيت المقدس عند الصخرة وفي سائر البلاد في المسجد الجامع
وكذلك يشترط يوم الجمعة وبعد العصر ولنا ما مر من الحرج على الحاكم ويغلظ غير المسلم بما اعتقده فحينئذ يحلف اليهودي
بالله الذي انزل التورية على موسى عليه السلام والنصراني بالله الذي انزل الانجيل على عيسى عليه السلام لقوله
عليه السلام لابن صوريا انشدك بالله الذي انزل التورية على موسى ان حكم الزنا في كتابكم هذا وذلك
دليل على جواز تحليف اليهودي بذلك واذا ثبت هذا في اليهودي فالنصراني مثله في الانجيل والمجوس في النار لان
اليهود يعظم التورية والنصراني الانجيل فيستغلظ على كل واحد منهما بذكر ما يكون اعظم في صدره . والمجوسي بالله
الذي خلق النار هكذا ذكر محمد في الاصل ويروى عن ابي حنيفة انه لا يستحلف احد الا بالله خالصا وذكر الخصاف
انه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا لان في ذكر النار مع اسم الله
تعظيمها وما ينبغي ان تعظم بخلاف الكتابين لان كتب الله معظمة والوثني لا يحلف الا بالله لان الكفرة باسرهم
يعتقدون الله قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلقهم ليقولن الله وقالوا ما نعبدهم الا ليقربونا الى الله زلفى
ولا يحلف بالله الذي خلق الوثن والصنم لان التغليظ بغير الله لا يجوز وقد مر ان ذكر النار مع اسم الله تعظيم
لها فلا يحلفون في معابدهم اي في بيوت عباداتهم لان الغرض اليمين بالله تعالى ولان ذلك يشعر بتعظيمها
فلا يجوز ولان المسلم ممنوع عن دخولها ويستحلف الاخرس فيقول له القاضي عليك عهد الله ان كان لهذا
عليك هذا الحق ويشير الاخرس براسه اي نعم كذا في الاختيار ويحلف على الحاصل هذا شروع الى نوع آخر

ثم كيفية

من كيفية اليمين الحاصل فيه ان السبب اما ان كان مما يرتفع برافع او لا فان كان الثاني فالتحليف على السبب بالاجماع
وان كان الاول فان تضرر المدعي بالتحليف على الحاصل فكذلك وان لم يتضرر يحلف على الحاصل عند ابي حنيفة ومحمد
وعلى السبب عند ابي يوسف الا اذا عرض المدعى عليه برفع السبب مثل ما يقول عند قول القاضي احلف بالله ما بعت
ايها القاضي الانسان قد يبيع شيئا ثم يقال فيه فحينئذ يلزم القاضي الاستحلاف على الحاصل هذا هو ظاهر الرواية ونقل
عن شمس الائمة الحلواني انه ينظر الى انكار المدعى عليه ان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل
وعليه اكثر القضاة وقال فخر الاسلام يفوض الى راي القاضي ذكره ابن كمال نقلا عن الكافي فعلى الظاهر اذا ادعى
العبد المسلم العتق على مولاه وجحد المولى يحلف على السبب لعدم تكرره لانه انما يكون بتقدير وقوع الاستيلاء
عليه بعد الارتداد وهو بالنسبة الى المسلم ليس بمتصور لانه يقتل بالارتداد بخلاف العبد الكافر والامة مطلقا اي
سواء كانت كافرة او مسلمة فان الرق يتكرر عليه بنقض العهد واللحاق وعليها بالردة واللحاق كذا في العناية
ففي البيع والنكاح بالله ما ثبت بينكما بيع قائم في الحال او نكاح قائم في الحال يعني فيما اذا ادعى انه اشترى من رجل عبده
بالف مثلا فانكر فاستحلف المدعي فحينئذ يقول القاضي للمدعى عليه احلف على ان لا يكون بينكما بيع قائم في الحال ويقول
الحالف عند الحلف بالله ما بيننا بيع قائم وفي دعوى النكاح يقال له احلف ما بينكما نكاح قائم في الحال ويقول
عند الحلف بالله ما بيننا نكاح قائم وهذا بناء على ما مر ان الفتوى في النكاح ونحوه على قولهما واما اذا ادعت
المرأة النفقة فيستحلف اجماعا وفي الطلاق ما هي بائن منك الآن يعني اذا انكر الزوج الطلاق البائن
يقال احلف على ان ما هي بائن منك الآن ويقول الزوج في حلفه بالله ما هي بائن مني الآن وفي الغصب ما يجب
عليك رده الآن قال في الاختيار وفي الغصب والسرقة ان كانت العين قائمة بالله ما يستحق عليك رده لانه
قد يغصبه ثم يملكه ببيع او هبة وان كانت هالكة يستحلف على قيمتها وقيل يحلف على الثوب والقيمة جميعا انتهى
وفي الوديعة ما له هذا الذي ادعاه في يديك وديعة ولا شيء منه ولا له قبلك حق لجواز ان يكون قد برئ من
بعضها او استهلكها لا يحلف على السبب اي العقد نحو بالله ما بعته وما نكحتها وما طلقتها بائنا وما غصبته ونحو
ذلك لان هذه الاسباب قد ترتفع برافع كالاقالة والطلاق والنكاح الجديد والهبة فيحلف على الحاصل لانه لو حلف
على السبب يتضرر المدعى عليه وهذا لانه لو حلف على نفس السبب كالبيع ونحوه يكون كاذبا ولو لم يحلف يجب تسليم
المبيع العائد الى ملكه بالاقالة لانه لو ادعى الطارئ لم يقبل قوله واذا حلف على الحاصل فقد اوفى المدعي والمدعى عليه
حقهما العلماء ان مقصود المدعي من دعوى البيع ونحوه ثبوت الحكم ومتى امكن ايفاء حقهما كان اولى من ايفاء حق
احدهما واتواء الآخر هذا عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف فان عنده يحلف على السبب في جميع ذلك الا
عند تعريض المدعى عليه بان يقول ايها القاضي قد يبيع الانسان شيئا ثم يقيل فحينئذ يحلف القاضي على الحاصل
وقد ذكرنا فان كان في الحلف على الحاصل ترك النظر للمدعي حلف المدعى عليه على السبب اجماعا كدعوى الشفعة
بالجوار ونفقة المبتوتة والخصم لا يراهما بان كان شافعيا اذ لو حلف على الحاصل بالله ما هو مستحق للشفعة
يصدق في يمينه في معتقده فان الشفعة لا تثبت بالجوار عنده فيحلف المشتري بالله ما اشتريت هذه الدار
وكذا اذا ادعت النفقة بالطلاق البائن لا يحلف بالله ما لها عليك النفقة لانه لا تجب النفقة عنده وتجب عندنا
فيحلف بالله ما طلقها بائنا لئلا يتضرر المدعي فان قلت بالحلف على السبب تضرر المدعى عليه لجواز ان يكون قد اشترى
وسلم الشفعة او سكت عن الطلب وليس باولى بالضرر من المدعي اجيب بانه اولى بذلك لان القاضي لا يجد

بل امن الحاق الضرر باحدهما والمدعي يدعي ما هو اصل لان الشري اذا ثبت ثبت الحق له وسقوطه انما يكون باسباب عارضة فيجب التمسك بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض ولذا يحلف على السبب اجماعا في دعوى سبب اي فعل على مولاه لا يرتفع برافع كعبد مسلم يدعي العتق فانه لا ضرورة الى الحلف على الحاصل لان السبب لا يمكن ارتفاعه فان العبد المسلم اذا اعتق لا يسترق بخلاف العبد الكافر والامة فانهما يحلفان على الحاصل لان الرق يتكرر على العبد الكافر بنقض العهد واللحاق والسبي وعلى الامة بالردة واللحاق والسبي فيرتفع السبب فيهما ولا كذلك المسلم ثم اراد ان يشرع الى نوع آخر من كيفية اليمين على العلم او البتات فقال ومن ورث شيئا من عين علم ذلك بعلم القاضي او اقرار المدعي او بينة المدعي عليه فادعاه آخر حلف على العلم فيقول الحالف عند الحلف بالله ما اعلم انه له لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات ولا يحلف وارث الدين قبل وصوله اليه خلافا للخصاف والاول المختار عند الفقيه وقاضي خان كما في المح ولو لم يتحقق كونه ميراثا حلف على البتات لتحقق سببه من كون العين في يده كما في الذخيرة كذا في القهستاني فان شراه او وهب له ولا بينة فعلى البتات فيقول الحالف انه ليس كذلك لوجود المطلق لليمين اذ الشراء سبب اختياري لثبوت الملك وضعا فانه يباشره بنفسه فيعلم ما صنع وكذا الهبة قالوا الضابط في ذلك ان الدعوى اذا وقعت على فعل الغير كان الحلف على العلم وان وقعت على فعل المدعى عليه كان على البتات ونوقض بالرد بالعيب فان المشتري اذا ادعى ان العبد سارق او ابق واثبت ذلك في يد نفسه وادعاه في يد البايع واراد تحليف البايع يحلف على البتات بانه ما ابق ما سرق مع انه على فعل الغير وبالمودع اذا ادعى قبض صاحب الوديعة فانه يحلف على البتات والقبض فعل الغير وبالتوكيل بالبيع اذا باع ~~وقبض صاحب الوديعة فانه يحلف~~ وسلم الى المشتري ثم اقر ان الموكل قبض الثمن وانكره الموكل يحلف الوكيل بالله قبض الموكل وهو فعل الغير وعن هذا ذهب بعضهم الى ان التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا قال المدعى عليه لا علم لي بذلك اما اذا قال لي علم بذلك حلف على البتات وفي صورة النقض يدعي العلم فكان الحلف على البتات وتخريجها على الاول ان في الرد بالعيب ضمن البايع تسليم المبيع سليما عن العيوب فالتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه وفي الباقين الحلف يرجع الى فعل نفسه وهو التسليم لا الى فعل غيره وهو القبض كذا في العناية قال الزيلعي اخذا من النهاية ثم في كل موضع وجب اليمين فيه على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرا حتى لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه وفي كل موضع وجب فيه اليمين على العلم فحلف على البتات يعتبر اليمين حتى يسقط عنه اليمين على العلم ويقضى عليه اذا نكل لان الحلف على البتات آكد فيعتبر مطلقا بخلاف العكس انتهى وفيه بحث اما اولا فلان قوله لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه ليس كما ينبغي بل اللايق ان يقضى بالنكول فانه اذا نكل عن الحلف على العلم يقضى عليه ففي الحلف على البتات اولى والجواب المنع لجواز ان يكون نكوله لعلمه بعدم فائدة اليمين على العلم فلا يحلف حذرا عن التكرار واما ثانيا فلان قوله ويقضى عليه اذا نكل محل تامل فانها اذا لم تجب عليه كيف يقضى عليه اذا نكل كذا في حاشية سعدي چلبي على الكمل العناية وفي فوائد الامام ظهير الدين المرغيناني من له حق التحليف على البتات اذا حلف القاضي خصمه على العلم يبقى للمدعي حق التحليف على البتات حتى لو نكل عن اليمين على العلم فقضى القاضي بالنكول لا ينفذ قضاؤه وعلى العكس الجواب بخلافه والتحليف على فعل الغير على العلم الا في موضع يريد بالحلف دفع التهمة عن نفسه كالمودع اذا ادعى ان رب الوديعة قبض الوديعة من داري

كذا في

كذا في الملتقط ولو افتدى المنكر يمينه او صالح عنها اي عن اليمين على شيء مثل المال المدعى او اقل صح ذلك من الافتداء والصلح صيانة لعرضه قال عليه السلام ذبوا عن اعراضكم باموالكم وقد روي ان عثمان رضي الله عنه افتدى يمينه فقيل في ذلك فقال خاف ان يصيب الناس بلاء فيقال انه بسبب يمينه الكاذب كذا في النهاية ولا يحلف بعده لانه اسقط حقه بخلاف ما اشترى يمينه بعشرة دراهم مثلا فانه لم يجز وكان له ان يستحلفه لان الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال فروع لو ادعى على آخر انه قال له يا فاسق او يا زنديق او يا كافر او يا فاسق او يا فاجر او ما يجب فيه التعزير لا يحلفه بالله ما قلت هذا لكن يحلفه بالله ما له عليك هذا الحق الذي يدعي كذا في الملتقط استحلف خصمه فقال حلفني مرة فاقام البينة تقبل ولو لا ها واستحلفه جاز قال المدعي لا بينة لي ثم برهن او قال الشهود لا شاهد لي ثم شهدوا فيه روايتان والاصح القبول النيابة تجري في الاستحلاف لا الحلف فالوكيل والوصي والمتولي واب الصغير يستحلف ولا يحلف الا اذا صح اقراره على الاصيل كالوكيل بالبيع او الخصومة في الرد بالعيب كذا في العزمية التحالف اخر بين الاثنين عن بيان الواحد رعاية لتناسب الوضع الطبع ولو اختلفا اي المتبايعان مثلا في قدر الثمن بان ادعى المشتري انه اشتراه بمائة وادعى البايع انه باعه بمائة وخمسين او في قدر المبيع بان اعترف البايع بان المبيع كر من الحنطة وقال المشتري هو كران او فيهما جميعا بان قال البايع بعتك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشتري بعتها وهذه معها بخمسين دينارا حكم القاضي لمن برهن منهما لان في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها لانها توجب الحكم على القاضي ومجرد الدعوى لا يوجبه فان برهنا فلمثبت الزيادة لان البينات للاثبات ومثبت الاقل لا يعارض مثبت الاكثر فتكون بينة البايع في الثمن وبينة المشتري في المبيع اولى نظرا الى زيادة الاثبات فيهما جميعا للمشتري بمائة دينار وقيل هذا قول ابي حنيفة اخرا وكان يقول اولا وهو قول زفر يقضى بهما للمشتري بمائة وخمسة وعشرين دينارا وان كان الاختلاف في جنس الثمن كما لو قال البايع بعتك بهذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار واقاما البينة فهي لمن له الاتفاق على قوله وهو البايع لان حق المشتري في الجارية ثابت باتفاقهما وانما الاختلاف في حق البايع فبينته على حقه اولى بالقبول وان عجزا عن البرهان قيل لهما اما ان يرضى احدكما بدعوى الآخر يعني يقول القاضي للمشتري اما ان ترضى بالثمن الذي يدعيه البايع والا اي وان لم ترض بذلك فسخنا البيع ويقول للبايع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود قطع المنازعة وبهذه جهة فيه لانه ربما لا يرضيان بالفسخ فاذا علما الفسخ يتراضيان فان لم يرض احدهما بدعوى الآخر تحالفا اي استحلف القاضي كل واحد منهما على دعوى الآخر وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس لان البايع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبايع ينكره فكل واحد منهما منكر واليمين على من انكر بالحديث المشهور فيحلفان فاما بعد القبض فعلى خلاف القياس لان المشتري لا يدعي شيئا لان المبيع سالم له في يده فبقي دعوى البايع في زيادة الثمن والمشتري ينكره فكان القياس الاكتفاء بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا وبدئ بيمين المشتري وهو قول محمد وابي يوسف آخرا ورواية عن ابي حنيفة وهو الصحيح دون ما قال ابو يوسف اولا انه يبدأ بيمين البايع وهو قول زفر ورواية عن ابي حنيفة لقوله عليه السلام القول قوله وذلك يقتضي الاكتفاء بيمينه

لكن لا يكتفى بها لحديث التحالف فلا اقل من البداءة بها وجه الصحيح ان المشتري لما كان اول من يطالب الثمن كان هو البادي بالانكار فاستحق التقديم في الذي يترتب عليه ولان فائدة النكول تتعجل بالبداءة به وهو الزام الثمن ولو بدئ بيمين البايع تأخرت المطالبة بتسليم الى زمان استيفاء الثمن ويبدئ في المقايضة بايهما شاء لاستوائهما ذكر في الاصل صفة اليمين ان يحلف البايع بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ويحلف المشتري وقال في الزيادات يحلف البايع بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفي تاكيدا والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان وضعت للنفي كالبينات للاثبات دل على ذلك حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا ومن نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى صاحبه اذا اتصل به القضاء لانه جعل باذلا فصح البذل في الاعواض واذا كان باذلا لم يبق دعواه معارضة لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته لعدم المعارض فان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما بطلبهما او بطلب احدهما لان الفسخ حقهما فلا بد من الطلب وهذا يدل على انه لا ينفسخ بنفس التحالف بل لا بد من الفسخ لانه لما لم يثبت مدعى كل منهما بقي بيعا مجهولا فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة او يقال اذا لم يثبت البدل بقي بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ فلما لم يفسخ كان قائما قال في المبسوط يحل للمشتري وطئ الجارية اذا كانت المبيعة كذا في العناية ولو اختلفا في جنس العقد فقال احدهما بيع وقال الآخر هبة او في جنس الثمن فقال احدهما دراهم والآخر دنانير يتحالفان عند محمد وهو المختار لان وصف الثمن وجنسه بمنزلة القدر لان الثمن دين وانما يعرف بجنسه ووصفه ولا وجود له بدونهما فكذلك الاجل فانه ليس بوصف لان الثمن يبقى بعد مضيه وقالا لا يتحالفان لان نص التحالف ورد على خلاف القياس فيقتصر على مورده وهو الاختلاف في المبيع او الثمن وجوابه ما مر كذا في الاختيار ولا تحالف لو اختلفا في الاجل في اصله او في قدره وفي شرط الخيار سواء اختلفا في اصله او في مدته او في قبض بعض الثمن وقال زفر والائمة الثلاثة يتحالفان لان الاجل جار مجرى الوصف فان الثمن يزداد عند زيادة الاجل والاختلاف في وصف الثمن يوجب التحالف فكذا هذا ولنا ان هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به والاختلاف في غيرهما لا يوجب التحالف لان التحالف ورد فيه النص عند الاختلاف فيما يتم به العقد والاجل وراء ذلك كشرط الخيار في ان العقد بعدمهما لا يختل فلم يكن في معنى المنصوص عليه حتى يلحق به كالاختلاف في الحط والابراء عن الثمن بخلاف الاختلاف في وصف الثمن كالجودة والرداءة وجنسه كالدراهم والدنانير حيث يكون الاختلاف فيها كالاختلاف في قدره والحكم في استيفاء بعض الثمن كذلك لان انعدامه لا يختل ما به قوام العقد لبقاء ما يصلح ثمنا ولو اختلفا في استيفاء كل الثمن فالحكم كذلك لكنه لم يذكره لكونه مفروغا عنه باعتبار انه صار ذلك بمنزلة سائر الدعاوى وحلف المنكر لانه ينكر الشرط فكان القول قوله فاذا اختلفا في مضي الاجل فالقول للمشتري لان الاجل حقه وهو ينكر استيفاءه ولا تحالف بعد هلاك المبيع يعني اذا هلك المبيع كله في يد المشتري او خرج عن ملكه ثم اختلفا في الثمن لا يتحالفان عند ابي حنيفة وابي يوسف وحلف المشتري وعند محمد والثلاثة يتحالفان ويفسخ البيع وتلزم القيمة ثم هذا الاختلاف اذا كان الثمن دينا ثابتا في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات الموصوفة الثابتة في الذمة فاما اذا كان عينا بان كان العقد مقايضة وهلك احد العوضين فانهما يتحالفان لان المبيع في احد الجانبين قائم فتتوفر فائدة الفسخ وهو التراد ثم يرد مثل الهالك ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن كذا في العناية وكذا الخلاف لو تعذر الرد بان ازداد زيادة متصلة او منفصلة ولذا قال فهو اي المبيع قائم لمحمد ان كل واحد

منهما يدعي عقدا غير ما يدعيه الآخر وصاحبه ينكر فيتحالفان كما اذا كانت قائمة لان القيمة بمنزلة العين عند ... ولهما ان اليمين حجة المنكر حقيقة بالنص والبايع ليس بمنكر لان المشتري ليس يدعي لان السلعة سلمت له ملكا ويدا وان لم يكن البايع منكرا لا يمين عليه والشرع ورد به حال قيام العين لفائدة الفسخ ولا فسخ بعدها لعدم بقاء العقد وايهما اقام البينة قضي بها وان اقاما فبينة البايع اولى وان مات او احدهما واختلف الورثة فلا تحالف لانهما ليسا متبايعين فلا يشملهما النص ولا تحالف بعد هلاك بعضه اي بعض المبيع يعني اذا باع الرجل عبدين مثلا صفقة واحدة وقبضهما المشتري فهلك احدهما في يده ثم اختلفا في قدر الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة الا ان يرضى البايع بترك حصة الهالك وعندهما يتحالفان ويرد الباقي والقول للمشتري في حصة الهالك عند ابي يوسف يعني عند ابي يوسف يتحالفان في الحي ويفسخ العقد فيه ولا يتحالفان في الهالك والقول في ثمن الهالك للمشتري وتلزم قيمته عند محمد يعني عند محمد يتحالفان عليهما ويفسخ العقد فيهما ويرد الباقي وقيمة الهالك وعلى هذا اذا انتقص او جنى عليه المشتري او باع المشتري احد العبدين لمحمد ان هلاك السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض اولى ولابي يوسف ان المبيع اذا كان قائما يتحالفان وان كان هالكا لا يتحالفان فان هلك نصفه وبقي نصفه يعطى كل نصف حكمه ولابي حنيفة ان النص ورد حال قيام السلعة بخلاف القياس فلا يقاس عليه غيره الا انه اذا رضي بترك حصة الهالك يصير الهالك كان لم يكن وكان العقد لم يرد الا على الباقي ومن المشايخ من قال على قول ابي حنيفة ياخذ من ثمن الهالك ما اقر به المشتري دون الزيادة وذكر محمد في الجامع قول ابي يوسف مع قوله وهو الصحيح فيحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بالفين فان نكل لزمه دعوى البايع وان حلف يحلف البايع ما بعتهما بالف فان حلف يفسخ العقد في القائم ويرد المشتري حصة الهالك من الثمن الذي اقر به ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض يعني يقسم الثمن الذي اقر به المشتري على العبد القائم والهالك على قدر قيمتهما يوم القبض فان اتفقا ان قيمتهما يوم القبض كانت واحدة يجب على المشتري نصف الثمن الذي اقر به المشتري ويسقط نصفه وان تصادقا ان قيمتهما يوم القبض كانت على التفاوت فان تصادقا على ان قيمة الهالك كانت على النصف من قيمة الهالك يجب على المشتري ثلث ما اقر به من الثمن وان اختلفا في قيمة الهالك فيه اي في يوم القبض فقال المشتري كانت قيمة القائم يوم القبض الفا وقيمة الهالك خمسمائة وقال البايع على العكس فالقول للبايع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبايع ينكره وايهما برهن قبل وان برهنا فبرهانه اي برهان البايع اولى لانها اكثر اثباتا لانها تثبت الزيادة في قيمة الهالك وان اختلفا في قدر الثمن بعد الاقالة البيع تحالفا وعاد البيع حتى يكون حق البايع في الثمن وحق المشتري في المبيع كما كان قبل الاقالة ولا بد من الفسخ سواء فسخاها بانفسهما او فسخها القاضي لانها كالبيع لا تنفسخ الا بالفسخ اذا لم يقبض البايع المبيع فان قيل النص لا يتناول الاقالة فما وجه جريان التحالف فيها اجيب بانا ما اثبتنا التحالف بالنص لانه ورد في البيع المطلق والاقالة فسخ في حق المتعاقدين فلا تدخل تحته وانما اثبتناه بالقياس لان ما نحن فيه من مسائل الاقالة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر ولهذا نقيس الاجارة اذا اختلف الآجر والمستاجر قبل استيفاء المعقود عليه في الاجرة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد اذا اختلفا في الثمن قبل القبض والقيمة على العين فيما اذا استهلكه في يد البايع غير المشتري يعني اذا استهلك غير المشتري العين المبيعة في يد البايع وضمن القيمة قامت القيمة مقام العين المستهلكة فان اختلف العاقدان في الثمن قبل القبض

يجري التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف عند بقاء العين المشتري لكون النص في ذلك معقول
المعنى وان قبضه اي البايع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد لانه يرى النص
معلولا بعد القبض ايضا لانه معلول بوجود الانكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه الآخر وهذا المعنى لا يتفاوت
بين كون المبيع مقبوضا او غير مقبوض ولو اختلفا في قدر رأس المال بعد اقالة السلم لا يتحالفان والقول
للمسلم اليه فيه ولا يعود السلم لان فائدة التحالف الفسخ والاقالة في باب السلم لا تحتمله لكونها فيه اسقاطا
للمسلم فيه وهو دين والدين الساقط لا يعود بخلاف الاقالة في البيع فانها تحتمل الفسخ فيعود المبيع لكونه
عينا الى المشتري بعد عوده الى البايع الا يرى ان رأس مال السلم لو كان عرضا فرده بالعيب بعد قضاء القاضي
بذلك وهلك قبل التسليم الى رب السلم لا تنفسخ الاقالة ولا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين عاد
البيع وانما كان القول للمسلم اليه لان رب السلم يدعي عليه زيادة في رأس المال وهو ينكر واما هو فلا يدعي على رب السلم
شيئا لان المسلم فيه قد سقط بالاقالة كذا في العناية ولو اختلفا في قدر الاجرة او المنفعة او فيهما قبل استيفاء المنفعة تحالفا
وترادا لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس كما مر والاجارة قبل استيفاء المنفعة نظير البيع قبل قبض
المبيع في كونهما عقد معاوضة يقبل الفسخ وبدئ بيمين المستاجر ان اختلفا في الاجرة لانه منكر لوجوب الزيادة
وبدئ بيمين الموجر لو اختلفا في المنفعة لذلك وايهما نكل لزمه دعوى الآخر وايهما برهن قبل برهانه وان
برهنا فحجة المستاجر في المنفعة وحجة الموجر في الاجرة اولى نظرا الى زيادة الاثبات وان كان فيهما فبينة كل واحد
منهما فيما يدعيه من الفضل اولى نحو ان يدعي الموجر شهرا بعشرة والمستاجر شهرين بخمسة يقضى بشهرين بعشرة
وان اختلفا بعد استيفاء المنفعة لا يتحالفان بالاجماع والقول للمستاجر لانه منكر وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف على اصلهما وكذا على اصل محمد لان فائدة التحالف فسخ العقد في العقد
بمقتضى المعقود عليه او ما يقوم مقامه من القيمة وليس شيء منهما بموجود في الاجارة اما المعقود عليه وهو المنفعة
فلانه عرض لا يبقى زمانين واما ما يقوم مقامه فلان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين بحلفهما ان لا
عقد بينهما لانفساخه من الاصل فلا يكون لها قيمة يرد عليها الفسخ فاذا امتنع التحالف فالقول للمستاجر
مع يمينه لانه هو المستحق عليه ولو اختلفا بعد استيفاء البعض اي بعض المنفعة يتحالفان ويفسخ
اي الاجارة فيما بقي والقول للمستاجر فيما مضى لان الاجارة عندنا تنعقد ساعة فساعة فما مضى صار
كالهالك وما بقي لم ينعقد بخلاف البيع فانه ينعقد جملة واحدة وان اختلفا في قدر بدل الكتابة لا يتحالفان
يعني اذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة والقول للعبد وقالا يتحالفان وتفسخ
الكتابة وهو قول الشافعي لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع وله ان الكتابة عقد معاوضة ويجب
به البدل على العبد في مقابلة فك الحجر في حق اليد والتصرف في الحال والعتق عند تمام العقد كما في البيع فبقي الاختلاف
في قدر البدل لا غير لان العبد لا يدعي شيئا بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة ولذا كان القول للعبد وان
اختلف الزوجان في متاع البيت فالقول لها اي للزوجة فيما صلح لها كالوقاية والملحفة والمقنعة والدرع
والخمار وثياب النساء وحليهن ونحوها مع يمينها لان الظاهر شاهد لها وله اي القول للزوج فيما صلح له
كالعمامة والقلنسوة والفرس والدرع والمنطقة والطيلسان والكتب والقوس والنشاب ونحوها
مع يمينه بشهادة الظاهر له وما صلح لهما كالفرش والامتعة والاواني والرقيق والمنزل والعقار والمواشي

والنقود

والنقود قال الامام التمرتاشي اذا كان الرجل صانعا وله اساور وخواتيم النساء والحلي والخلخال وامثال
ذلك فح لا يكون مثل هذه الاشياء لها وكذلك اذا كانت المرأة تبيع ثياب الرجال وما يصلح لهما كالآنية والذهب
والفضة والامتعة والعقار فهو للرجل لان المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوى لصاحب اليد
بخلاف ما يختص بها لانه يعارض ظاهر الزوج باليد ظاهر اقوى منه وهو يد الاختصاص بالاستعمال فان ما هو
صالح للرجل فهو مستعمل الرجال وما هو صالح النساء فهو مستعمل النساء فاذا وقع الاشتباه يرجح بالاستعمال ولا
فرق بين ما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعد الافتراق كذا في شروح الهداية فرع رجل
وامرأة في ايديهما دار اقامت المرأة البينة ان الدار لها وان الرجل عبدها واقام الرجل البينة ان الدار له
والمرأة زوجته تزوجها على الف درهم ودفع اليها ولم يقم البينة انه حر الاصل فانه يقضي بالدار للمرأة والرجل
عبدا لها ولو اقام الرجل البينة انه حر الاصل فالمسئلة بحالها فان المرأة امرأته ويقضي بانه حر ويقضي بالدار للمرأة
من قبل ان الدار والمرأة في يد الزوج حين قضي بانه امرأته فكان القضاء بالدار بينة المرأة اولى كزوجين في
ايديهما دار اقام كل واحد منهما البينة انها داره فان في قياس قول ابي حنيفة يقضي بالدار للمرأة وان
لم يكن لها بينة كان الدار للزوج لانه صاحب يد وذكر ابن شجاع في النوادر لو اقام الرجل البينة ان الدار
داره والمرأة امته واقامت المرأة البينة ان الدار لها وان الرجل عبدها وليست الدار في ايديهما فالدار
بينهما نصفان وان كانت في يد احدهما يترك في يده لتعارض البينتين في الدار ويحكم بكل منهما بالحرية
ولا تقبل بينة احدهما على صاحبه بالرق لمكان التعارض قال مولانا رح وينبغي ان الدار اذا كانت في يد احدهما
يقضي ببينة الخارج لان بينة صاحب اليد في الملك المطلق لا تعارض بينة الخارج كذا في قاضيخان هذا اذا كانا حيين
وبعد موت احدهما واختلاف ورثته مع الآخر القول في المشكل للحي حرا كان او رقيقا اذ لا يد للميت فبقيت
يد الحي بلا معارض قال في الهداية هذا الذي ذكرنا قول ابي حنيفة مشهور والمراد ان ما ذكر قول ابي حنيفة من حيث
الجملة واما من حيث التفصيل ليس قوله خاصة فان كون ما يصلح للرجال فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمرأة
بالاجماع فلا اختصاص له بذلك وعند ابي يوسف كذلك اي القول فيما صلح لهما قول الزوج في الزائد على جهاز مثلها
والقول في جهاز مثلها لها اي للمرأة او لورثتها فيدفع اليها مما يصلح لهما قدر ما يتم به جهاز مثلها والباقي للزوج
مع يمينه لان الظاهر ان المرأة تأتي بالجهاز وهذا ظاهر اقوى من ظاهر الزوج لجريان العادة بذلك فيبطل به ظاهر
الزوج واما في الباقي فلا معارض لظاهره فكان معتبرا والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام المورث وعند محمد
ما يصلح لهما للرجل اي للزوج ان كان حيا او لورثته ان كان ميتا لما قلنا لابي حنيفة من الدليل وهو ان المرأة وما في
يدها في يد الزوج والقول لصاحب اليد هذا بالنسبة الى الحيوة وكذا بالنسبة الى الموت لقيام الوارث مقام المورث
هذا اذا كانا حرين وان كان احدهما مملوكا فالكل اي كل المتاع للحر منهما في حال الحيوة لان يد الحر اقوى لكون اليد
لنفسه من كل وجه ويد المملوك لغيره من كل وجه وهو المولى والاقوى اولى ولهذا قلنا في الحرين فما يصلح للرجال فهو للرجل
لقوة يده فيه وما يصلح للنساء فهو للمرأة لذلك وللحي منهما في حال الموت حرا كان او مملوكا هكذا في عامة النسخ
شروح الجامع الصغير وقال الامام فخر الاسلام وشمس الائمة والحر بعد الممات بالرأي ثم قال شمس الائمة وقع
في بعض النسخ للحي منهما وهو سهو وصاحب الهداية اختار اختيار العامة واستدل بقوله لانه لا يد للميت
فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند ابي حنيفة وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب كالحر لان

لهما يد معتبرة في الخصومات ولهذا لو اختصم الحر والمكاتب في شيء في ايديهما قضي به بينهما لاستوائهما في اليد
ولو كان في يد ثالث واقاما البينة استويا فيه فكما لا يترجح الحر بالحرية في سائر الخصومات فكذلك في متاع البيت
فلان اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه وللحر في السكنى اصل دون المملوك فلا تعارض بينهما كذا في
العناية فصل فيمن لا يكون خصما اخره عما لا يكون خصما لان معرفة الملكات قبل معرفة عوارضها والمراد ذو اليد يعني اذا ادعى
عينا في يد رجل انه ملكه فقال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب او اعارنيه اي اجرنيه او غصبته
منه وبرهن ذو اليد على ذلك اندفعت خصومة المدعي عند ابي حنيفة لان يد هؤلاء ليست يد خصومة وقال
ابن شبرمة لا تندفع وان اقام البرهان لانه خصم بيده فصار رهنا تعنتا في دفع الخصومة عن نفسه وقال ابن ابي
ليلى تندفع بمجرد الاقرار بلا بينة اذ لا تهمة فيما يقر به على نفسه وقال ابو يوسف فيمن عرف بالصلاح تندفع
عنه الخصومة اذا اقام البينة كما قال ابو حنيفة وفيمن عرف بالحيل لا تندفع وان اقام البينة على ما ادعاه رجع اليه
حين ابتلي بالقضاء وعرف احوال الناس فلذا قال المصنف وبه يؤخذ لاحتمال ان يدفع ما في يده اي من يغيب عن البلد
ويقول له اودعه عندي بحضرة الشهود كيلا يمكن لاحد الدعوى عليه وهذه خمسة اقوال فلهذا لقبت المسئلة
بمخمسة كتاب الدعوى وقيل لقبت بذلك للوجوه الخمسة المذكورة آنفا وان قال الشهود اودعه من هو رجل
مجهول لا نعرفه لا تندفع الخصومة لاحتمال ان يكون المنازع هو الذي اودعه عنده حيث لم يعرفوه بخلاف قولهم اودعه
من نعرفه بوجهه لا باسمه ونسبه حيث تندفع عند الامام لان المدعى عليه اثبت ببينة ان العين وصلت
اليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه للعلم بيقين ان المودع غير المدعي فاذن الشهادة تفيد ان يده
ليست بيد خصومة وهو المقصود خلافا لمحمد فان عنده لا تندفع لما عرفت من قوله وهو ما قاله على حين الى آخره فصار
بمنزلة ما لو قال اودعه رجل لا نعرفه وهذا لان المعرفة بالوجه ليست بمعرفة على ما ورد عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم انه قال لرجل اتعرف فلانا قال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه فقال لا فقال اذن لا تعرفه ووجه قول ابي
حنيفة ما عرفت آنفا والحديث يدل على نفي المعرفة التامة وليس على ذي اليد تعريف الخصم تعريفا تاما انما عليه
ان يثبت انه ليس بخصم وقد اثبت والضرر اللاحق بالمدعي انما لحقه من نفسه حيث نسي خصمه او من جهة شهوده
المدعى عليه وذلك لا يلزمه ثم هذا الاختلاف انما يكون اذا كانت العين قائمة في يد المدعى عليه كما اشار اليه المصنف
بقوله هذا الشيء اودعنيه فان الاشارة الحسية لا تكون الا في موجود في الخارج واما اذا هلكت فلا تندفع الخصومة
وان اقام البينة لانها اذا كانت قائمة فذو اليد ينتصب خصما بظاهر اليد لانه دليل الملك الا انه يحتمل غيره فيندفع
عنه الخصومة بالحجة الدالة على المحتمل واما اذا هلكت فالدعوى تقع في الدين ومحله الذمة والمدعى عليه ينتصب خصما
للمدعي بذمته وبما اقام المدعى عليه البينة على ان العين كانت في يده وديعة لا يتبين ان ذمته كانت لغيره
فلا يتحول عنه الخصومة ولو قال المدعى عليه اشتريته منه اي من فلان الغائب لا تندفع الخصومة لانه لما زعم
ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما وكذا لا تندفع لو قال المدعي سرقته مني او غصبته مني فان للوصل
نبرهن ذو اليد على ايداع الغائب لانه صار خصما بدعوى الفعل عليه ولهذا صحت الدعوى على غير ذي
اليد والفعل لا يتردد بين ان يكون له ولغيره حتى يقال انه اثبت بالبينة ان فعله فعل غيره بل فعله حقيقة
عليه بخلاف دعوى الملك المطلق فان ذا اليد فيه خصم من حيث ظاهر اليد ولهذا لا يصح الدعوى على غير ذي
اليد ويده متردد بين ان يكون له فيكون خصما وبين ان يكون لغيره فلا يكون خصما وباقامة البينة اثبت

ان يده

ان يده لغيره فلا يكون خصما وكذا ان قال المدعي سرق بصيغة المجهول مني واقام ذو اليد البينة على ان فلانا
اودعه لا تندفع الخصومة عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو استحسان خلافا لمحمد فانه قال يندفع لانه لم يدع الفعل
عليه فصار كما لو قال غصب مني على صيغة المجهول ولهما ان ذكر الفعل يستدعي ذكر الفاعل البتة والظاهر انه هو
الذي في يده الا انه لم يعينه درءا للحد عنه شفقة عليه ولو قال المدعي ابتعته اي اشتريته من زيد وقال ذو اليد
اودعنيه هو اي زيد اندفعت الخصومة بلا حجة لتوافقهما على ان اصل الملك فيه لغيره فيكون وصول اليه الى ذي اليد
من جهته فلم يكن يده يد خصومة الا اذا برهن المدعي ان زيدا وكله بقبضه لانه اثبت بالبينة انه احق بامساكه فان
قيل يلزم الحكم على الغائب بانه وكله قلنا لا محذور فيه فان ما يدعي على الغائب وهو التوكيل سبب لما يدعي على
الحاضر وهو التسليم وقد مر في كتاب القضاء انه يجوز فرع رجل ادعى دارا في يد رجل فقال الذي في يده اودعنيها
فلان فقال المدعي كانت لفلان اودعها ولكنه وهبها لك او باعها فان القاضي يحلف الذي في يده بالله ما وهبها
له ولا باعها منه بعد ما كان اودعها اياه فان نكل عن اليمين جعل خصما للمدعي ادعى دارا في يد غيره انها له ثم
ادعى بعد ذلك انها لفلان وقفها عليه قالوا تسمع دعواه كما لو ادعى لنفسه ثم ادعى لغيره بوكالة وان ادعى
انه وقف ثم ادعى انها له لا تسمع دعواه كما لو ادعى لغيره اولا ثم ادعى لنفسه ولو ادعى عينا في يد انسان انه له
واقام البينة على اقرار ذي اليد واقام ذو اليد البينة على اقرار صاحبه تبطل البينتان وتبقى اليد بلا معارض
وهذا على الرواية التي جعل الاستيام اقرارا بالملك بالمستام منه واما على الرواية التي جعل الاستيام اقرارا
بان لا ملك فكذلك يصح هذا الدفع لان اقرار ذي اليد بان لا ملك له وثمة احد يدعي الملك لنفسه يكون اقرارا
بالملك للمدعي فانه ذكر في الزيادات رجل استام من رجل عينا ولم يتفق بينهما بيع ثم ان المستام ادعى لنفسه
او لغيره بالوكالة لا تسمع دعواه ولو لم يكن ذلك اقرارا بالملك للبائع سمع دعواه لغيره بالوكالة رجل ادعى دعوى
واتفقت الائمة على فسادها ومع ذلك ادعى المدعى عليه الدفع دفعا صحيحا واقام البينة قالوا لا تسمع بينته
بالدفع لان الدفع بناء على الدعوى والدعوى لا تصح وان كان دعوى المدعي تحتمل الصحة بوجه ما فاذا ادعى
المدعى عليه الدفع يطالب المدعى عليه باثبات الدفع رجل ادعى ملكا بسبب ثم ادعاه بعد ذلك ملكا مطلقا
وشهد شهوده بذلك ذكر في عامة الروايات انه لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته قال رضي الله عنه قال اجدي
شمس الائمة لا تقبل بينته ولا تبطل دعواه حتى لو قال اردت بهذا الملك المطلق بذلك السبب تسمع دعواه
وتقبل بينته الكل من قاضيخان باب دعوى الرجلين لما فرغ من ذكر حكم الواحد من المدعيين شرع في بيان
حكم الاثنين لان الواحد قبل الاثنين لا تقبل بينة ذي اليد المتصرف في الملك لانه مدعى عليه فليس عليه البينة
بل عليه اليمين ان عجز الخارج عن البينة في دعوى الملك المطلق عن ذكر القيد قيد الملك بالمطلق احترازا
عما اذا ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد النتاج واقاما البينة عليه حيث تقبل بينة ذي اليد استحسانا
وفي القياس الخارج اولى وبه اخذ ابن ابي ليلى وسيأتي وعما اذا ادعيا تلقي الملك من واحد واحدهما قابض
فان بينة ذي اليد ههنا اولى اجماعا وعما اذا ادعيا الشراء من اثنين ووقتا وقتا على حدة فان صاحب الوقت
الاول اولى في ظاهر الرواية وعن محمد لا يعتبر التاريخ ذكره قاضيخان وبهذا ظهر ان قول صاحب العناية والدرر
فان في هذه الصور تقبل بينة ذي اليد بالاجماع [illegible] من قصور التتبع واعلم ان الملك المطلق اقوى من الملك
بالسبب على ما عرف ان القضاء بالملك المطلق قضاء بالزوائد في القضاء بالملك بالسبب لا يدخل الزوائد

والشهود اذا تحملوا الشهادة على الملك بسبب اذا شهدوا بالملك المطلق كانت شهادتهم بالاصل والزيادة
واختلف المشايخ ان الشاهد اذا تحمل الشهادة على الملك بسبب ثم ان البائع غصب المبيع من المشتري
فجاء المشتري بالشهود وامرهم ان يشهدوا له بالملك المطلق قال بعضهم يجوز لهم ان يشهدوا بالملك المطلق وقال
بعضهم لا يجوز وكذا اذا تحملوا الشهادة على الدين بسبب هل يباح لهم ان يشهدوا على الدين مطلقا وهو على
هذا الخلاف والخصاف يقول بالجواز كذا في شفعة قاضي خان وبينة الخارج عن التصرف وعن ذي اليد فيه اي الملك
المطلق احق اي حقيق بالقبول فان قيل هذا الوزن مشترك بين اصل المعنى والزيادة كما في طلاق النهاية
والكرماني وغيرهما كذا في اول تحالف القهستاني فلا يرد ان لفظ احق يدل على حقية بينة ذي اليد وجواز قبولها مع انها
لم تقبل اصلا مع بينة الخارج عندنا وقال الشافعي يقضي ببينة ذي اليد لانها اعتضدت باليد والمعتضد اقوى فصار
كما اذا اقاماها على نتاج دابة وهي في يد احدهما او اقاماها على نكاح امرأة ولاحدهما يد فانه يقضي لذي اليد وصار كدعوى
الملك مع الاعتاق بان يكون عبد في يد رجل اقام الخارج البينة انه عبده اعتقه واقام ذو اليد البينة انه عبده وهو
يملكه فبينة ذي اليد اولى من بينة الخارج على العتق وكذلك في دعوى الاستيلاد والتدبير ولنا ان بينة الخارج اكثر
اثباتا يعني في علم القاضي او اظهارا يعني في الواقع فان بينته تظهر ما كان ثابتا في الواقع لان قدر ما اثبته اليد لا
تثبته بينة ذي اليد لان اليد دليل مطلق الملك فبينته لا تثبته لئلا يلزم تحصيل الحاصل بخلاف بينة الخارج فانها
تثبت الملك او تظهره وما هو اكثر اثباتا في البينات فهو اولى لتوفر ما شرعت البينات لاجله فيه ثم بينة
الخارج ليست موجبة بنفسها حتى تزيل ما ثبت باليد وانما تصير موجبة عند اتصال القضاء بها فقبله يكون الملك
ثابتا للمدعى عليه واثبات الثابت لا يتصور فلا تكون بينة ذي اليد مثبتة بل مؤكدة لملك ثابت والتاسيس
اولى من التاكيد بخلاف النتاج والنكاح لان اليد لا يدل على ذلك فكانت البينة مثبتة لا مؤكدة فكانت كل واحدة
من البينتين للاثبات فترجح احديهما باليد وكذا لا يدل اليد على الاعتاق والاستيلاد والتدبير برهنا على
ما في يد آخر يعني ادعى اثنان شيئا في يد ثالث كل واحد منهما يزعم انه له واقاما البينة على ذلك قضي به لهما
بطريق الاشتراك بينهما وقال الشافعي في قول تهاترت البينتان وفي قول يقرع بينهما ولنا حديث تميم
بن طرفة ان رجلين تنازعا في عين بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم واقاما البينة فقضى به رسول الله
عليه السلام بينهما نصفين والجواب عن حديث القرعة انه كان في ابتداء الاسلام وقت اباحة القمار ثم انتسخ
بحرمة القمار كذا في العناية والحاصل ان تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق ابتداء فكما ان تعلق الاستحقاق بخروج
القرعة يكون قمارا فكذلك تعيين المستحق بخروج القرعة يكون قمارا بخلاف قسمة المال المشترك فان للقاضي
هناك ولاية التعيين من غير قرعة وانما يقرع تطييبا لقلوبهم ونفيا لتهمة الميل عن نفسه فلا يكون ذلك في معنى
القمار ذكره الخبازي نقلا عن المبسوط ولو برهنا على نكاح امرأة ولم يؤرخا ولم تكن في يد احدهما سقطا اي
البرهانان لتعذر العمل بهما لعدم قبول المحل الاشتراك ولو اقاما البرهان وكانت المرأة في بيت احدهما او
دخل بها فهي امرأته لان ~~النكاح مما يحكم فيه بتصادق~~ النقل الى بيته او الدخل بها دليل سبق تاريخ عقده وعند عدم
البرهان هي اي المرأة لمن صدقته فايهما اقرت له انه تزوجها قبل فهي امرأته لان النكاح مما يحكم فيه بتصادق الزوجين
فان ارخا فالسابق اي فالتاريخ الاسبق احق لان التقديم اولى من الدلالة ثم مجرد دعوى السبق يكفي عند بعض
المشايخ وعند بعضهم لا بد من بيان كون الاول في رجب والثاني في شعبان وتمامه في العمادي وذكر في الخزانة

لووقت

لووقت احدهما شهرا والآخر ساعة فالاول اولى وان اقرت لاحدهما قبل اقامة البرهان فهي له لتقادمهما
فان برهن الآخر بعد ذلك قضي له لان البينة اقوى من الاقرار وان برهن احدهما يعني تفرد احد الخارجين بالدعوى
والمرأة تجحد واقام البينة فقضي له ثم برهن الخارج الآخر لا يقبل برهانه لان القضاء الاول قد صح ومضى فلا ينقض
بمثله ولا بما دونه الا ان اثبت الآخر سبقه فيقضى له لانه ظهر الخطاء في الاول بيقين وكذا لا يقبل برهان الخارج
على ذي يد نكاحه ظاهر الا اذا اثبت الخارج سبقه لان البرهان مع التاريخ الاسبق اقوى من البرهان بدونه ولو
ادعى الخارج نكاحها فبرهن وقضي له بالنكاح ثم برهن ذو اليد قضي له وقال بعضهم انه لم يقض له كما في العمادي
كذا في القهستاني ولو برهنا يعني الخارجان على شراء تمام شيء من آخر قال صاحب الهداية من صاحب اليد يعني
اذا كان عبد في يد رجل ادعى اثنان كل منهما انه اشتراه منه واقاما البينة على ذلك بلا توقيت فلكل ... نصفه بنصف
ثمنه او تركه يعني فلكل واحد منهما الخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن الذي شهد به بينته ورجع على
البائع بنصف ثمنه ان كان قد نقده لاستوائهما في الدعوى والحجة كما لو كان دعواهما في الملك المطلق واقاما البينة
وان شاء ترك لان شرط العقد الذي يدعيه وهو الرضا قد تغير عليه فلعل رغبته في تملك الكل ولم يحصل فيرده ويأخذ
كل الثمن وبترك احدهما بعد ما قضي لهما بنصفين لا يأخذ الآخر كله لانه صار مقضيا عليه بالنصف فانفسخ العقد
به والعقد متى انفسخ بقضاء القاضي لا يعود الا بتجديده ولم يوجد فان قيل هو مدع فكيف يكون مقضيا عليه
اجيب بانه خصم في الحكمة لنصف المقضي به لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال
احدهما لا اختار قبل قضاء القاضي عليه حيث له ان يأخذ الجميع لانه يدعي الكل والحجة قامت به ولم ينفسخ
بينته وزال المانع وهو مزاحمة الآخر ذكره في الهداية فقوله حيث له ان يأخذ يشير الى ان الخيار باق
وذكر بعض الشارحين ناقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهرزاده انه لا خيار له وهو الظاهر كذا في العناية
وعبارة قاضي خان ايضا تدل على بقاء الخيار حيث قال وان كان ذلك قبل قضاء القاضي كان للذي
لم ينقض البيع ان يأخذ الكل بكل الثمن انتهى فان كان لاحدهما اي لاحد مدعي الشراء من ثالث يد او تاريخ
فهو اولى اما الاول فلان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه وطولب بالفرق بين هذه وبين ما اذا ادعيا
الشراء من اثنين واقاما البينة على ذلك واحدهما قابض فان الخارج هناك اولى والجواب ان كل واحد من
المدعيين ثمة يحتاج الى اثبات الملك لبائعه اولا فاجتمع في حق البائعين بينة الخارج وذي اليد فكان بينة
الخارج اولى وكذا اذا ذكر بينة الخارج وقتا فذو اليد اولى لان بذكر الوقت ... لا يزول احتمال
سبق ذي اليد واما الثاني فلثبوت ملكه في ذلك الوقت مع احتمال الآخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك
ولو ارخا التوريخ تعريف الوقت يقال ارخ الكتاب بيوم كذا وورخه به بمعنى فالسابق اولى لانه اثبت الشراء
في زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع الآخر به فان كان لاحدهما يد وللآخر تاريخ فذو اليد اولى لان التاريخ حالة
الانفراد غير معتبر فبقي اليد الدال على سبق الشراء وبينة دعوى الشراء احق من بينة هبة مع قبض وصدقة مع
قبض يعني اذا ادعيا ذلك من واحد واقاما البينة ولا تاريخ معهما فالشراء اولى لانه لكونه معاوضة من الجانبين
كان اقوى منهما ولانه يثبت الملك بنفسه والهبة والصدقة بواسطة القبض فكان الشراء اسرع ثبوتا فكان
والظاهر انه اذا ادعى احدهما انه قبضه عوضا عن هبة والآخر الشراء فكذا جواب المسئلتين بعين الدليل
المذكور والهبة والصدقة فيما لا يحتمل القسمة كالحمام والرحى سواء فيقضى به بينهما لاستوائهما في وجه التبرع

وكذا فيما يحتملها عند البعض لان كل واحد منهما اثبت قبضه في الكل ثم الشيوع بعد ذلك طار وذلك لا يمنع صحة الهبة
والصدقة وعند البعض لا يقضي لهما بشيء لانه يفيد تنفيذ الهبة في الشايع فصار كاقامة البينتين على الارتهان
قيل هذا قول ابي حنيفة اما عندهما فينبغي ان يقضي بكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين والاصح انه لا
يصح في قولهم جميعا لانا اذا قضينا لكل واحد منهما بالنصف فانما نقضي بالعقد الذي شهد به شهوده وعند اختلاف
العقدين لا يجوز الهبة لرجلين عندهم جميعا وانما يثبت الملك بقضاء القاضي وتمكن الشيوع في الملك المستفاد بالهبة
مانع من صحتها وكذا الشراء والمهر يعني اذا ادعى احدهما شراء عبد وادعت المرأة انه تزوجها عليه واقاما البينة
ولم يورخا او ارخا وتاريخهما على السواء يقضي بالعبد لهما عند ابي يوسف لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما
عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه وللمرأة على زوجها نصف القيمة ويرجع المشتري عليه بنصف الثمن ان كان نقده
اياه وقال محمد الشراء اولى لان العمل بالبينات مهما امكن واجب لكونها حجة من حجج الشرع فان قدمنا النكاح
بطل العمل بها لان الشراء بعده يبطل اذا لم تجزه المرأة وان قدمنا الشراء صح العمل بها لان التزويج على ملك الغير
صحيح والتسمية صحيحة وتجب القيمة ان لم تجزه صاحبه فتعين تقديمه ووجب لها على الزوج القيمة وذكر في الاسرار
جواب ابي يوسف عما قال محمد ان المقصود ذكر السبب ملك العين والنكاح اذا تأخر لم يوجب ملك المسمى كما اذا
تأخر الشراء فهما سواء في حق ملك العين والرهن مع القبض اولى من الهبة معه استحسانا وفي القياس الهبة اولى
لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته فكانت بينتها اكثر اثباتا فهي اولى وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون
وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى من عقد التبرع فان كانت الهبة بشرط العوض فهي اي الهبة المشروطة
به اولى من الرهن لانها بيع انتهاء والبيع ولو انتهاء اولى من الرهن لان البيع عقد ضمان يثبت الملك صورة
ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة فان برهن خارجان على ملك مطلق مورخ فصاحب
التاريخ الاقدم اولى لانه اثبت اول المالكين وكل من هو كذلك لا يتلقى الملك الا من جهته والفرض ان الآخر لم
يتلق منه وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف آخرا وقول محمد اولا ثم قال محمد يقضي بينهما ولا يكون للتاريخ عبرة
او برهن خارجان على شراء مورخ من واحد لفظ من واحد عبارة البداية متن الهداية وقوله غير ذي اليد مأخوذ من الهداية
فالسابق اولى يعني لو ادعيا الشراء من واحد غير ذي اليد واقاما البينة وارخا تاريخين متفاوتين فالاقدم اولى
لما بينا انه اثبته في وقت لا منازع له فيه فكان استحقاقه ثابتا من ذلك الوقت وان الآخر اشتراه من غير المالك
فكان باطلا وقول صاحب الهداية معناه من غير صاحب اليد ليس فيه زيادة فائدة لانه لا تفاوت في سائر
الاحكام بين ان يكون ذلك الواحد ذا اليد او غيره فانه ذكر في الذخيرة دار في يد رجل ادعى رجلان كل واحد منهما
يدعي انه اشتراها من صاحب اليد بكذا ورتب عليه الاحكام كذا في العناية قال العلامة الكاكي تبعا لصاحب
الهداية وفي هذا الحكم لا يتفاوت ان يكون بايعهما واحدا او اثنين لما ان التاريخ الاقدم اولى وانما يتفاوت
الحكم بينهما فيما اذا وقت احدى البينتين ولم يوقت الاخرى على ما ذكر بعد هذا بقوله بخلاف ما اذا كان البايع
واحدا انتهى قال العلامة النسفي في الكافي وان ادعيا الشراء من واحد ولم يورخا او ارخا تاريخا واحدا فهو بينهما
نصفان لاستوائهما في الحجة وان ارخا واحدهما اسبق تاريخا يقضي للاسبق اتفاقا بخلاف ما لو ادعيا
الشراء من رجلين لانهما يثبتان الملك لبايعهما ولا تاريخ لملك البايعين فتاريخه لملكه لا يعتد به وصار
كانهما حضرا واقاما البينة على الملك بلا تاريخ فيكون بينهما انتهى وهكذا في الكفاية وشرح الكنز للزيلعي ثم قال

في الكفاية

في الكفاية الاسبق اولى رواية واحدة وفيما اذا كان البائع اثنين روايات الكتب فما ذكر في الكتاب يشير الى
انه لا عبرة لسبق التاريخ وفي المبسوط ما يدل على ان اسبق التاريخين اولى في ذلك ايضا انتهى فظهر ان
ما في النهاية ومعراج الدراية مبني على رواية وما في الكفاية والكافي وشرح الكنز على رواية اخرى وهو مختار صاحب
الهداية ايضا على ما يشير اليه كلامه الا ان في الدليل الذي ذكروه على عدم اعتبار السبق في ذلك بحثا فان بينة
مدعي الاسبق يثبت لبايعه ملكا سابقا واذا اثبت احد مدعي الملك المطلق تاريخا اقدم فهو اولى فليتأمل فقوله
ولا تاريخ لملك البايعين غير ظاهر بل الظاهر خلافه حيث يتضمن اثبات تاريخ ملك المدعيين اثبات تاريخ
ملك البايعين كذا في حاشية العناية لسعدي جلبي وان برهن احدهما على الشراء من زيد وبرهن الآخر عليه
اي على الشراء من بكر واتفق تاريخهما فهما سواء لانهما يثبتان الملك لبايعهما فيصير كانهما حضرا وادعيا واتحد تاريخا
واحدا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل كذا في الهداية وقال الزيلعي يكون بينهما نصفين سواء تاريخ احدهما
اقدم او لم يكن انتهى قال الاتقاني اي تاريخا واحدا وان كان تاريخ احدهما اسبق كان اولى عند ابي حنيفة
وهو قول ابي يوسف آخرا وهو قول محمد في رواية حفص وعلى رواية ابي يوسف اولا يقضي بينهما انتهى ولا يخفى
التدافع بين الكلامين فقيل في دفعه ان الكلام مبني على روايتين كما في غاية البيان مبني على رواية وما ذكره
الزيلعي فهو الذي يشير اليه كلام الهداية مبني على رواية اخرى فليتدبر وانت خبير بان المفهوم من دليل صاحب
الهداية خلاف ذلك كذا في حاشية العناية لسعدي جلبي وكذا لو وقت احدهما فقط يعني لو بين احدهما وقتا
دون الآخر قضي بينهما نصفين لان توقيت احدهما لا يدل على تقدم ملك بايعه فانه يرجع الى دعوى الملك
المطلق لبايعهما وتوقيت احدهما في الملك المطلق لا يفيد الاولية لجواز ان يكون الآخر اقدم بخلاف ما اذا كان البايع
واحدا لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم به وهذا لان الشراء امر حادث
فيضاف الى اقرب الاوقات فاذا لم يبين وقته فيتأخر شراء غير المورخ حكما الا اذا تبين انه تقدم عليه شراء غيره
ولو برهن خارج على الشراء من شخص وبرهن خارج آخر على الهبة والقبض من غيره وآخر على الارث من ابيه وآخر على الصدقة
والقبض من رابع قضي بينهم ارباعا لانهم يتلقون الملك من مملكيهم فيجعل كانهم حضروا واقاموا البينة على الملك المطلق
وان ادعوا ذلك من رجل واحد يقضي للمشتري ويترجح بينة البائع ذكره قاضي خان وان برهن خارج على ملك
مورخ وبرهن ذو اليد على ملك اقدم منه تاريخا فهو اي ذو اليد ابرهانه اولى عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو رواية
عن محمد خلافا لمحمد في رواية روى ابن سماعة عنه انه رجع عن هذا القول وهو ان بينة ذي اليد اذا كانت اقدم تاريخا
كانت اولى من بينة الخارج وقال لا اقبل من ذي اليد بينة على تاريخ وغيره الا النتاج لان النتاج دليل على اولية
الملك دون التاريخ لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم تتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء
بخلاف ما اذا قامتا بالتاريخ على الشراء واحدهما اسبق من الآخر فان الاسبق اولى سواء كان البايع واحدا او
اثنين ولهما ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره
بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة فان من ادعى على ذي اليد عينا وانكر ذو اليد ذلك
واقام البينة انه اشتراه منه تندفع الخصومة كما مر ولما قبلت بينة ذي اليد على اليد صارت ههنا بينته
بذكر التاريخ الاقدم متضمنة دفع بينة الخارج على معنى انها لا تصلح الا بعد اثبات التلقي من قبله فتقبل
لكونها للدفع وكذا الخلاف لو كانت اليد لهما فيكون صاحب الوقت الاول اولى في قول ابي حنيفة وابي

يوسف وفي قول محمد خلافا له في رواية ولو برهن خارج وذو يد على ملك مطلق ووقت احدهما فقط دون
الاخر فالخارج اولى عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة ذو الوقت اولى لانه اقدم
وصار كما في دعوى الشراء اذا ارخ احدهما كان صاحب التاريخ اولى ولهما ان بينة ذي اليد انما تقبل اذا
تضمنت معنى الدفع ولا دفع ههنا لانه انما يكون اذا تعين التلقي من جهته وههنا وقع الشك في ذلك
لان بذكر تاريخ احدهما لم يحصل التعيين بان الاخر تلقاه من جهته لان الاخر لو وقت كان اقدم تاريخا
بخلاف ما اذا ارخا وكان تاريخ ذي اليد اقدم كما مر ولو كان المدعى في ايديهما او في يد ثالث والمسئلة بحالها
اي وقتت بينة احد الخارجين في الملك المطلق دون الاخرى فهما سواء فيقضى بينهما نصفين عند ابي حنيفة
وعند ابي يوسف الذي وقت اولى وعند محمد الذي اطلق اولى لان للاطلاق دعوى اولية الملك بدليل
استحقاق الزوائد المتصلة كالسمن والمنفصلة كالاكساب فكان ملكا للاصل وملك الاصل اولى من التاريخ
ولابي يوسف ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح باليقين
ولابي حنيفة ان التاريخ يزاحمه احتمال عدم التقدم لان الذي لم يورخ سابق على المورخ من حيث ان دعوى
الملك المطلق دعوى اولية الملك حكما ولاحق من حيث ان دعوى الملك المطلق يحتمل التملك من جهة المدعى عليه بعد تاريخ
المورخ واذا كان غير المورخ سابقا من وجه لاحقا من وجه كان المورخ ايضا كذلك فاستويا في السبق واللحوق
فيجعل كانهما ملكا معا وعند ذلك لا يملك اعتبار معنى التاريخ فهو معنى قولنا ان دعوى التاريخ حالة الانفراد ساقط
الاعتبار ثم لما اتفقا على الشراء اتفقا على الحدوث ولا بد للحدوث من التاريخ فيضاف الى اقرب الاوقات فيرجح
جانب صاحب التاريخ وان برهن خارج وذو يد على النتاج وهو بالكسر ضنع بهيمة ولدا ثم سمي به المنتوج
فذو اليد اولى يعني اذا اقام كل واحد من الخارج وذي اليد بينة على نتاج دابة في ملكه فذو اليد اولى استحسانا وفي
القياس الخارج اولى وبه اخذ ابن ابي ليلى لان بينة الخارج اكثر استحقاقا من بينة ذي اليد لان الخارج
يثبت بها اوليتا الملك بالنتاج واستحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده وذو اليد لا يثبت بها استحقاق
الملك الثابت للخارج بوجه ما ووجه الاستحسان ان بينة ذي اليد قامت على ما لا يدل عليه اليد وهو الاولية بالنتاج
كبينة الخارج فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له سواء كان ذلك قبل القضاء بها للخارج او بعد
اما قبله فظاهر واما بعده فلان ذا اليد لم يصر مقضيا عليه لان بينته في نفس الامر دافعة لبينة الخارج لان النتاج
لا يتكرر فاذا ظهرت بينته دافعة تبين ان الحكم لم يكن الى حجة فلا يكون معتبرا قال صاحب الهداية وهذا هو
الصحيح اي ما ذكرنا من القضاء لذي اليد هو الصحيح واليه ذهب عامة المشايخ خلافا لما يقوله عيسى بن ابان
انه تهاترت البينتان وترك في يد ذي اليد لا على طريق القضاء لان القاضي يتيقن بكذب احد الفريقين
لان نتاج دابة من دابتين غير متصور كشاة كوفة ومكة في الشهادة ووجه صحة ذلك ان محمدا ذكر في خارجين
اقاما البينة على النتاج انه يقضى بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك في يد ذي اليد والجواب عن
قوله القاضي يتيقن بكذب احدهما ان كل واحد منهما اعتمد سببا ظاهرا مطلقا لاداء الشهادة بناء على ان
الشهادة على النتاج لا يلزم فيها معاينة الانفصال من الام بل يكفي رؤيتها الفصيل يتبع الناقة فالتهاتر بظهر
في التحليف فعند العامة لا يحلف ذو اليد للخارج وعنده يستحلف واعلم ان بينة ذي اليد انما تترجح على بينة
الخارج اذا لم يدع الخارج على ذي اليد فعلا نحو الغصب او الوديعة او الاجارة او الرهن واما اذا ادعى ذلك فبينته

الخارج

الخارج اولى لان ذا اليد تثبت بينته ما هو ثابت بظاهر يده من وجه وهو اصل الملك والخارج يثبت الفعل
وهو غير ثابت اصلا فكانت اكثر اثباتا فهو اولى وكذا بينة ذي اليد اولى لو برهن كل اي كل واحد من الخارج
وذي اليد على تلقي الملك من رجل اخر وعلى النتاج عنده اي عند اخر فكان ههناك بايعان واقاما البينة على النتاج
عند من تلقى منه فهو بمنزلة اقامتها على النتاج في يد نفسه فيقضى به لذي اليد كان البايعين قد حضرا واقاما على
ذلك بينة فانه يقضى ثمة لصاحب اليد فكذلك ههنا ولو برهن احدهما اي احد المدعيين من الخارج وذي اليد على الملك
المطلق والاخر على النتاج فهو اي البرهان على النتاج اولى لانه قام على اولية الملك فلا يثبت للاخر الا بالتلقي
من جهته والمفروض عدمه وكذا لو كانا خارجين يعني لو كان المدعيان خارجين فبرهن احدهما على النتاج
فهو اولى ايضا لما ذكرنا ان برهان صاحب النتاج يدل على اولية الملك فلا يثبت التلقي الا من جهته
ولو قضى بالنتاج لذي اليد ثم برهن ثالث على النتاج قضى له الا ان يعيد ذو اليد برهانه لان الثالث
لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية لان المقضي به الملك وثبوت الملك بالبينة في حق شخص لا يقتضي ثبوته
في حق اخر فان اعاد ذو اليد بينته قضي له بها تقديما لبينة ذي اليد على بينة الخارج في النتاج وان لم يعد قضي بها
للثالث كما لو برهن المقضي عليه بالملك المطلق قوله على النتاج متعلق بقوله برهن تقبل برهانه وينقض
القضاء لانه بمنزلة النص في دلالته على الاولية قطعا فكان القضاء واقعا على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف
النص وهذا استحسان وفي القياس لا تقبل بينته لصيرورته مقضيا عليه بالملك وجوابه انه لم يصر مقضيا
عليه لان باقامة البينة على النتاج تبين ان الدافع بينة المدعى كان موجودا والقضاء كان خطأ فاني يكون مقضيا
عليه وكل سبب لا يتكرر فهو مثل النتاج كنسج ثياب لا تنسج الا مرة هذا اذا قيد بقوله في ملكي اذ لو لم يقيده وقال
نسج عندي كان الخارج اولى لان الانسان قد ينسج غزل غيره ذكره في شرح المجمع وحلب اللبن واتخاذ الجبن
واللبد والمرعزى وجز الصوف قد تقدم ان القياس ما ذهب اليه ابن ابي ليلى ان بينة الخارج اولى في النتاج
من بينة ذي اليد وما ذهبنا اليه استحسان يترك به القياس بما روى جابر رضي الله عنه ان رجلا ادعى ناقة في يد رجل واقام
البينة انها ناقته نتجت عنده واقام الذي هي في يده البينة انها ناقته نتجت عنده فقضى رسول الله عليه السلام
بها للذي هي في يده فلا يلحق بالنتاج الا ما كان في معناه من كل وجه مما لا يتكرر من اسباب الملك اذا ادعاه كان
كدعوى النتاج كما اذا ادعت امراة غزل قطن او كتان انه ملكها غزلته بيدها او ادعى رجل ثوبا انه ملكه نسجه
وهو مما لا يتكرر نسجه او ادعى لبنا انه ملكه حلبه من شاته او جبنا انه ملكه صنعه في ملكه او لبدا انه صنعه او مرعزى
وهي كالصوف تحت شعر العنز او صوفا مجزوزا انه ملكه جزه من شاته واقام على ذلك بينة وادعى ذو اليد مثل
ذلك واقام عليه بينة فانه يقضى بذلك لذي اليد لانه في معنى النتاج من كل وجه فيلحق به بدلالة النص كذا في العناية
ولان ما قامت عليه بينته لا يدل عليه اليد فتعارضا فترجحت بينة ذي اليد باليد كذا في الاختيار وما يتكرر
من ذلك بمنزلة الملك المطلق فيقضى به للخارج كنسج الخز هو اسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزا
قيل هو ينسج فاذا بلي يغزل مرة اخرى ثم ينسج وكالبناء والغرس وزراعة البر والحبوب فاذا ادعى ثوبا انه ملكه
من خزه او ادعى دارا انها ملكه بناها بماله او ادعى غرسا انه ملكه غرسه او ادعى حنطة انها ملكه زرعها او حبا اخر
من الحبوب واقام على ذلك بينة وادعى ذو اليد مثل ذلك واقام عليه بينة قضي به للخارج لانها ليست في
معنى النتاج لتكررها اما الخز فلما نقلنا واما في الباقية فان البناء يكون مرة اخرى وكذلك الغرس والحبوب

تزرع ثم يغربل التراب فيميز الحبوب ثم يزرع ثانية واذا لم يكن في معناه لا يلحق به وما اشكل شئ لا يتيقن
بالتكرار وعدمه رجع فيه الى العدول من اهل الخبرة ويبنى الحكم على خبرتهم قال الله تعالى فاسئلوا اهل الذكر ان كنتم
لا تعلمون قال الزيلعي الواحد منهم يكفي والاحوط اثنان انتهى فان اشكل عليهم اي على اهل الخبرة جعل
كالمطلق فيقضى به للخارج لان القضاء ببينته هو الاصل ومقتضى القياس والعدول عنه كان بخبر النتاج كما
رويناه فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل اذ لا يلحق به الا ما هو في معناه من كل وجه ذكره الزيلعي وان برهن خارج على
ملك مطلق وبرهن ذو يد على الشراء منه اي من ذلك الخارج فهو اي ذو اليد اولى لان الخارج ان كان يدعي اولية
الملك فذو اليد تلقى منه ولا تنافي في هذا القضاء كما لو اقر ذو اليد بالملك للخارج ثم ادعى الشراء منه وان برهن كل
واحد منهما اي الخارج وذو اليد على الشراء من صاحبه بان اقام الخارج البينة انه اشتراه من ذي اليد واقام ذو
اليد انه اشتراه من الخارج ولا تاريخ معهما تهاترا اي تساقطت البينتان وترك المال في يد ذي اليد عند ابي
حنيفة وابي يوسف وعند محمد يقضى للخارج لامكان العمل بالبينتين بان يجعل كان ذا اليد قد اشتراه من الخارج
وقبض ثم باعه ذو اليد من الخارج ولم يقبض لان القبض دلالة السبق كما مر ولا ينعكس بان يجعل كان الخارج اشتراه
من ذي اليد ولم يقبض ثم باعه اياه لان ذلك يستلزم البيع قبل القبض وذلك لا يجوز وان كان في العقار عنده والعمل
واجب ما امكن لان البينة من الدلائل الشرعية ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار من المشتري بالملك للبائع فصار
كانهما قامتا على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع كذا ههنا ثم لو شهد البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص
عندهما اذا استوى الثمنان لوجود قبض مضمون من كل جانب وان لم يشهدا على نقد الثمن فالقصاص مذهب
محمد للوجوب عنده فان الثمنين لما ثبتا عنده كان لكل واحد منهما موجبا للثمن عند مشتريه فيتقاصان للوجوب بالوجوب
فان ارخا في دعوى العقار بلا ذكر قبض وتاريخ الخارج اسبق قضى به لذي اليد عند ابي حنيفة وابي يوسف فيجعل
كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد فانه جائز في العقار عندهما وعند محمد يقضى للخارج اذ لا
يصح عنده بيعه قبل القبض فيبقى على ملكه فان اثبتا قبضا قضى لذي اليد اتفاقا لانه يجعل ان الخارج باعه من بايعه
بعد ما قبض وذلك صحيح على القولين جميعا وان كان وقت ذي اليد اسبق يقضى للخارج في الوجهين يعني سواء شهدا
او لم يشهدا اما اذا شهدوا به فلا اشكال واما اذا لم يشهدوا فيجعل كان ذا اليد اشتراه وقبض ثم باع من
الخارج ولم يسلم اليه فلا ترجيح بكثرة الشهود فاذا اقام احد المدعيين شاهدين والآخر اربعة فهما سواء
لان شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها الا يرى ان
خبر الواحد لا يترجح بخبر آخر ولا الآية بآية اخرى لان كل واحد منهما علة بنفسه والمفسر يرجح على النص والنص على
الظاهر باعتبار القوة كما عرف في اصول الفقه والشهادة العادلة ترجح على المستورة بالعدالة لانها صفة الشهادة
ولا يترجح بكثرة العدد لانها ليست بصفة للشهادة بل هي مثلها وشهادة كل عدد نصاب كامل وكذا لا يترجح
بكون احد الشاهدين اكثر عدالة لان الشرط اصل العدالة وقد استويا فيه ولا اعتبار بما زاد لانه لا ضابط له
وان ادعى احد خارجين نصف دار وادعى الخارج الآخر كلها واقاما البينة على ذلك فالربع للاول عند ابي
حنيفة اعتبارا بطريق المنازعة وعندهما الثلث للاول والباقي للآخر اعتبارا بطريق العول والمضاربة
والاصل في ذلك ان عند ابي حنيفة ان المدلي بسبب صحيح وهو ما يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى
آخر اليه يضرب بجميع حقه كاصحاب العول والموصى له بالثلث فما دونه وغرماء الميت اذا ضاقت التركة

عن ديونه

عن ديونه والمدلي بسبب غير صحيح يضرب بقدر ما يصيبه حال المزاحمة كما سيأتي والموصى له باكثر من الثلث
وعندهما ان قسمة العين متى وجبت بسبب حق في العين كانت القسمة على طريق العول كالتركة
بين الورثة ومتى وجبت لا بسبب حق كان في العين فالقسمة على طريق المنازعة كالفضولي اذا باع عبد
رجل بغير امره وفضولي آخر نصفه واجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشتريين بطريق المنازعة
ارباعا فعلى هذا امكن الاتفاق بينهم على العول وعلى المنازعة والافتراق فمما اتفقوا على العول فيه العول
في التركة اما على اصله فلان السبب لا يحتاج الى ضم شئ واما على اصلهما فلانها وجبت بسبب حق في العين
لان حق الورثة يتعلق بعين التركة ومما اتفقوا عليه بطريق المنازعة بيع الفضولي اما على اصله فلانه
ليس بسبب صحيح لاحتياجه الى انضمام الاجازة اليه واما على اصلهما فلان حق كل واحد من المشتريين
كان في الثمن فتحول بالشرى الى المبيع ومما افترقا فيه مسئلتنا فعلى اصل ابي حنيفة سبب استحقاق كل منهما
هو الشهادة وهي تحتاج الى اتصال القضاء بها كما تقدم فلم تكن سببا صحيحا فكانت القسمة على طريق المنازعة
فنقول مدعي النصف لا دعوى له في النصف الآخر فانفرد به صاحب الجميع والنصف الآخر كل منهما مدعيه وقد
اقاما عليه البينة وتساويا في سبب الاستحقاق فيوجب التساوي في الاستحقاق فكان هذا النصف بينهما نصفين
فيحصل لصاحب الجميع ثلاثة ارباع الدار ولمدعي النصف الربع وعلى اصلهما حق كل واحد من المدعيين في العين
على معنى ان حق كل منهما شائع فيها فما من جزء الا وصاحب القليل يزاحم فيه صاحب الكثير بنصيبه فلهذا كانت
القسمة بطريق العول فيضرب بذلك صاحب الجميع ويضرب مدعي النصف بسهم فيكون بينهما اثلاثا
ولهذه المسئلة نظائر واضداد قال صاحب الهداية وقد ذكرناها في الزيادات فمن نظائرها الموصى له بجميع
المال وبنصفه عند اجازة الورثة ومن اضدادها العبد المأذون له المشترك اذا اذانه احد المولين بمائة
درهم واجنبي مائة درهم ثم بيع بمائة درهم فالقسمة بين المولى المدين والاجنبي [illegible] عند ابي حنيفة
بطريق العول اثلاثا وعندهما بطريق المنازعة ارباعا فبذكر الاصلين المذكورين يسهل عليك الاستخراج
وان كانت الدار في ايديهما فكلها لمدعي الكل الاصل في هذه المسئلة ان دعوى كل واحد من المدعيين
ينصرف الى ما في يده لئلا يكون في امساكه ظالما حملا لامور المسلمين على الصحة وان بينة الخارج اولى من بينة
ذي اليد فاذا كانت الدار في ايديهما فمدعي النصف لا يدعي على الآخر شيئا ومدعي الكل يدعي عليه النصف وهو
خارج عن النصف فعليه اقامة البينة فان اقاماها فله جميع الدار نصف منها بقضاء وهو الذي كان بيد صاحبه
لانه اجتمع فيه بينة الخارج وبينة ذي اليد وبينة اولى فيقضى له بملكه ونصف منها بلا قضاء وهو الذي كان
بيده لان صاحبه لم يدعه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده كذا في العناية واعلم ان القضاء على نوعين
قضاء ترك وقضاء الزام ويسمى بقضاء الملك والاستحقاق ايضا والفرق من وجهين احدهما انه لو كان
مقضيا عليه في حادثة بهذا القضاء لم يصر بها مقضيا له ابدا بخلاف قضاء الترك فانه يصير المقضي عليه مقضيا
له بعدما اقام البينة والثاني انه لو ادعى ثالث واقام بينة قبلت في هذا القضاء واما في قضاء الالزام فلم تقبل
الا اذا ادعى تلقي الملك من جهة المقضي له كما في احياء الموات من الكفاية والكرماني كذا في القهستاني وان برهن خارجان
على نتاج دابة بان اقام كل منهما على انها ملكه نتجت عنده وارخا تاريخا قضي بها لمن وافق سنها تاريخه
بعد ان وافق تاريخ احدهما سنها فهو اولى لان علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة الحال فيترجح

وان اشكل السن فلهما اى قضى لهما نصفين لانه سقط التوقيت لعدم الاولوية وصار كانهما اقاماها ولا تاريخ
لهما هذا اذا كانا خارجين وان كان احدهما ذا اليد فان وافق سنها تاريخه او اشكل قضى بها لذى اليد اما لظهور
علامة الصدق فى شهوده او سقوط اعتبار التوقيت بالاشكال وان خالفهما اى خالف سنها تاريخ الخارج
وتاريخ ذى اليد بطلا اى التاريخان فتهاترت البينتان عند عامة المشايخ ذكره الحاكم لانه ظهر كذب الفريقين
وذلك مانع من قبول الشهادة حال الانفراد فيمنع حال الاجتماع ايضا فترك الدابة فى يد من بيده قضاء ترك كانهما
لم يقيما البينة قال فى المبسوط الاصح ما قاله محمد من الجواب وهو ان تكون الدابة بينهما فى الفصلين يعنى فيما اذا كانت
سن الدابة مشكلة وفيما اذا كانت على غير الوقتين فى دعوى الخارجين اما اذا كانت مشكلة فلا شك فيه
وكذلك اذا كانت على غير الوقتين لان اعتبار ذكر الوقت لحقهما وفى هذا الموضع فى اعتباره ابطال حقهما فسقط
اعتبار ذكر الوقت اصلا فينظر الى مقصودهما وهو اثبات الملك فى الدابة وقد استويا فى ذلك فوجب القضاء
بينهما نصفين وهذه الرواية مخالفة لما روى ابو الليث عن محمد انه قال اذا كان سن الدابة مشكلة يقضى بينهما
وان كان مخالفا للوقتين لا يقضى لهما بشئ وتترك فى يد ذى اليد قضاء ترك كانهما لم يقيما البينة وقيل
هذا هو الاصح فقوله فينظر الى مقصودهما ليس بحجة مع وجود المكذب كذا فى العناية واما قال نتاج دابة لانه لو برهن
انه ابنه فهو ابن من هو اسبق تاريخا عنده وقالا انه ابنهما كما فى المضمرات كذا فى القهستانى وان برهن احد
الخارجين على غصب شئ وبرهن الخارج الاخر على وديعته استويا لان المودع لما جحد صار غاصبا والتساوى فى
سبب الاستحقاق يوجب التساوى فى نفس الاستحقاق فيكون بينهما فصل فى التنازع بالايدى لما فرغ
عن بيان وقوع الملك بالبينة شرع فى هذا الفصل بذكر بيان وقوعه بظاهر اليد لما ان الاول اقوى ولهذا اذا قامت
البينة لا يلتفت الى اليد لابس الثوب اولى من الاخذ بكمه لان اللابس اظهرهما تصرفا ولهذا يصير به غاصبا
فكان احق بالملبوس من الاخذ بكمه وغيره من الاطراف لنقصان الاستعمال بالنسبة الى اللابس والراكب على الدابة
احق من الاخذ باللجام لان الركوب يختص بالملك غالبا فيستدل بمثل هذا التصرف على اليد واليد دليل الملك حتى جاز
الشهادة له بالملك فيترك فى يده حتى يقوم الحجة والتراجح ومن فى السرج احق من الرديف لانه المستعمل لها ونقل
الناطفى هذه الرواية من النوادر واما فى ظاهر الرواية فهى بينهما نصفان وصاحب الحمل بفتح الحاء ما كان فى البطن
او على راس الشجر وبكسرها ما حمل على ظهر او على الدابة وهو المراد ههنا اولى ممن علق كوزه عليها لان صاحب الحمل
هو المتصرف والراكبان بلا سرج او فيه اى فى السرج سواء لاستوائهما فى التصرف وكذا الجالس على البساط
والمتعلق به فيكون بينهما نصفان لان الجلوس ليس بيد عليه ولهذا لا يصير غاصبا بالقعود على البساط بخلاف
الركوب واللبس فان المتصرف بهما يصير غاصبا وذلك لان اليد على البساط اما بالنقل والتحويل او بكونه فى بيته
والجلوس ليس من ذلك فلا يكون يدا عليه فليس فى ايديهما ولا فى يد غيرهما احدهما وهما مدعيان له على السواء فيترك
فى ايديهما وبهذا فرق بينه وبين الدار اذا ادعاها ساكنان حيث لم يقض بها بينهما بطريق الترك ولا بغيره لان
عدم الغير فيها غير معلوم لان اليد فيها تدل على الاختطاط له وزوال ذلك غير معلوم لانها بعد ان كانت فى مكانها
الذى ثبت يد المختط له فيه عليها لم تتحول الى محل آخر فكان يده ثابتة عليها حكما ولم يعلم به القاضى وجهالة ذى اليد
لا يجوز القضاء للغير لان شرط جوازه العلم بان المدعى ليس فى يد غير المدعيين ولم يوجد ومن معه ثوب وطرفه
مع آخر لغيره اذا كان ثوب فى يد رجل وطرف منه فى يد آخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة فان

كل واحد

وذكر شمس الائمة جلال الدين فى ابن وابن ابن [illegible] لهما مال فاشتبه [illegible]
بالكسب اصول الابن [illegible] اذا كان فى عياله [illegible]
[illegible] الامام [illegible] كذا فى [illegible]

كل واحد منهما مستمسك باليد الا ان احدهما اكثر استمساكا ومثل ذلك لا يوجب الرجحان كما لو اقام احدهما
شاهدين والاخر اربعة بخلاف مسئلة لبس الثوب لان الزيادة ليست من جنس الحجة فان الحجة هى اليد والزيادة
هى الاستعمال والحائط لمن جذوعه عليه او بنائه اتصال تربيع لا لمن عليه هرادى جمع هردية وهى قصبات تضم
ملوية بطاقات من الكرم فترسل عليها قضبان الكرم ذكره فى المغرب يعنى اذا كان الحائط لرجل عليه جذوع او متصل
ببنائه وللآخر عليه هرادى فالحائط لصاحب الجذوع والاتصال والهرادى ليس بشئ لان صاحب الجذوع صاحب
استعمال والاخر صاحب تعلق به فصار كدابة تنازعا فيها ولاحدهما عليها حمل وللاخر كوز بها وتفسير التربيع على ما
ذكر فى الذخيرة اذا كان الحائط من مدر او آجر ان يكون انصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخلا فى انصاف لبن غير
المتنازع فيه وبالعكس وان كان من خشب فالتربيع ان يكون ساجة احدهما مركبة فى الاخرى وانما سمى اتصال تربيع
لان مثل هذا الاتصال يكون فيما بنى مربعا واما اذا ثقب فادخل لا يكون تربيعا وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض
بنائه على البعض بناء هذا الحائط ومن هذا يعلم ان من الاتصال ما يكون اتصال مجاورة وملازقة وعند التعارض
اتصال التربيع اولى واعلم ان قول محمد فى الجامع الصغير يدل على انه لا اعتبار للهرادى اصلا وكذا البوارى لان الحائط
لا يبنى لهذا اصلا لانه انما يبنى للتسقيف وذلك بوضع الجذوع لا الهرادى والبوارى وانما يوضعان للاستظلال والحائط
لا يبنى له حتى لو تنازعا فى حائط ولاحدهما عليه هرادى وليس للاخر عليه شئ يقضى به بينهما هذا اذا عرف كونه فى ايديهما
فيقضى به قضاء ترك فان ادعاه ثالث لا يطلب منه البينة على انه فى ايديهما ليصير خصما له لمعرفة القاضى بذلك واذا
ترافعوا الى قاض آخر فاقام المدعى البينة بقضاء القاضى الاول بينهما قضاء ترك يكونان خصما له وان لم يعرف كونه
فى ايديهما وقد ادعى كل واحد منهما انه ملكه وفى يده يجعل فى ايديهما لانه لا منازع لهما الا انه لا يقضى به بينهما فاذا ادعاه
ثالث يطلب منه بينة على انه فى ايديهما حتى يصير خصما له واذا كان القاضى الذى ترافعوا اليه غير القاضى الاول لا ينقطع
خصومة الثالث باقامة البينة على ان القاضى الاول جعل فى ايديهما كذا فى حاشية العناية لسعدى چلبى وان كان
لكل واحد عليه ثلاثة جذوع فبينهما لاستوائهما ولا ترجيح بالاكثر منها اى من الثلاثة لان الزيادة من جنس الحجة فان
الحائط يبنى للجذوع الثلاثة كما يبنى للاكثر منها وان كان لاحدهما ثلاثة وللاخر اقل منها فهو اى الحائط لصاحب الثلاثة
وللاخر موضع خشبته وتفصيل ذلك ان للاخر موضع جذوعه فى رواية كتاب الاقرار حيث قال فيه الحائط كله
لصاحب الاجذاع ولصاحب القليل ما تحت جذوعه يريد حق الوضع وفى رواية كتاب الدعوى لكل واحد منهما
ما تحت خشبته حيث قال فيه ان الحائط بينهما على قدر الاجذاع فيكون لصاحب الجذع موضع جذعه مع اصل الحائط
وعلى هذه الرواية قيل ما بين الخشب يكون بينهما لاستوائهما فى ذلك كما فى الساحة المشتركة بين صاحب بيت
وصاحب ابيات وقيل على قدر خشبهما وهذا موافق لما ذكر فى الذخيرة وقال فى المبسوط فى موضع القيل
الاول واكثرهم على انه يقضى به لصاحب الكثير لان الحائط يبنى لعشر خشبات لا لخشبة واحدة ووجه الرواية
الثانية وهو قوله لكل واحد منهما ما تحت خشبته ان الاستعمال من كل واحد منهما بقدر خشبته والاستحقاق بحسب
الاستعمال ووجه الاولى ان الحائط يبنى لوضع الكثير دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب
الكثير الا انه يبقى له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة فى استحقاق يده فلا يستحق به رفع الخشبة الموضوعة
اذ من الجائز ان يكون اصل الحائط لرجل ويثبت للاخر حق الوضع عليه لان الظاهر ليس بحجة فى الاستحقاق
عليه فلا يستحق به رفع الخشبة الموضوعة ولان القسمة لو وقعت على هذا الوجه كان جائزا واعلم ان ما ذكر

صاحب الهداية من جعل الجذعين كجذع واحد هو قول بعض المشايخ باعتبار التسقيف بها ولو كان لاحدهما على
الحايط المتنازع فيه جذوع وللآخر اتصال تربيع فلذي الاتصال يعني اذا تنازع صاحب الجذوع وصاحب اتصال
التربيع في احد طرفي الحايط المتنازع فهو لذي الاتصال لان الحائطين بالاتصال صارا كبناء واحد ومن ضرورة القضاء
له ببعضه القضاء بكله لعدم القائل بالاشتراك وللآخر حق الوضع يعني يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا ان الظاهر
ليس بحجة في الاستحقاق حتى لو ثبت ذلك بالبينة امر برفعها لكونها حجة مطلقة وهذه رواية الطحاوي وصححه الجرجاني
وقيل لذي الجذوع لانه صاحب التصرف وصاحب الاتصال صاحب اليد والتصرف اقوى ومن هذه شمس الائمة
السرخسي ولو كان الاتصال بطرفي الحايط المتنازع فيه كان صاحب الاتصال اولى على اختيار عامة المشايخ
وهكذا روي عن ابي يوسف في الامالي وذو بيت واحد من دار كذي بيوت منها في حق استعمال ساحتها يعني اذا كان
في يد رجل بيت من دار ذات بيوت وفي يد آخر بيت واحد فالساحة بينهما نصفان لاستوائهما في الاستعمال وهو
المرور وصب الوضوء وكسر الحطب ووضع الامتعة وغيرها ولا تعتبر بكون احدهما خراجا ولا ولاجا دون الآخر لانه
ترجيح بما هو من جنس العلة وطولب بالفرق بين ما اذا تنازعا في يد احدهما جميع الثوب وفي يد الآخر هدبته حيث يعتبر
صاحب الهدب واذا تنازعا في مقدار الشرب حيث يقسم على قدر الاراضي وبين ما نحن فيه حيث جعلت الساحة
بينهما مشتركة واجيب بان الهدب ليس بثوب لكونه اسما للمنسوج فكان جميع المدعى في يد احدهما والآخر
كالاجنبي عنه والثاني ان الشرب يحتاج اليه الاراضي دون الارباب فبكثرة الاراضي كثر الاحتياج الى الشرب فيتقدر
به على كثرة حقه فيه واما في الساحة فالاحتياج للارباب وهما فيه سواء فاستويا في الاستحقاق فصار نظير تنازعهما
في سعة الطريق وضيقه حيث يجعل بينهما على قدر عرض باب الدار واذا ادعيا ارضا كل انها في يده وبرهنا قضي بيدهما
يعني ادعى رجلان ارضا كل واحد منهما ان الارض في يده لم يقض القاضي انها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة انها
في ايديهما لان اليد حق مقصود فلا يجوز للقاضي ان يحكم به ما لم يعلم فان اقاما البينة جعلت في ايديهما لقيام الحجة
فان طلبا القسمة بعد ذلك لم يقسم بينهما ما لم يقيما البينة على الملك قال بعض مشايخنا هذا قول ابي حنيفة وقالا
يقسم بينهما بناء على مسئلة اخرى ذكرها في كتاب القسمة وهي ما اذا كانت الدار في ايدي ورثة حضور كبار
اقروا عند القاضي انها ميراث في ايديهم من ابيهم والتمسوا من القاضي ان يقسمها بينهم فالقاضي لا يقسمها بينهم
حتى يقيموا البينة ان اباهم مات وتركها ميراثا لهم وقالا يقسمها بينهم باقرارهم ويشهد انه انما قسمها بينهم
باقرارهم ومنهم من قال المذكورة ههنا قول الكل لان القسمة نوعان قسمة بحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة
بحق اليد لاجل الحفظ والصيانة والعقار غير محتاج الى الحفظ فما لم يثبت الملك لا يقسم وان طلب كل واحد منهما
يمين صاحبه ما هي في يده حلف كل واحد منهما ما هي في يد صاحبه على البتات فان حلفا لم يقض لهما باليد وبرئ
كل واحد منهما عن دعوى صاحبه ويوقف الدار الى ان يظهر حقيقة الحال وان نكلا قضي لكل واحد بالنصف الذي
في يد صاحبه وان نكل احدهما قضي عليه بكلها للحالف نصفها الذي كان في يده ونصفها الذي كان بيد صاحبه
لنكوله وان برهن احدهما قضي بيده لقيام الحجة فان قيل البينة تقام على خصم وحيث لم يثبت انها في يد الآخر
فليس بخصم اجيب بانه خصم باعتبار منازعته في اليد ومن كان خصما لغيره باعتبار منازعته في شيء شرعا
كانت بينته مقبولة او كان احدهما قد لبن فيها او بنى او حفر قضي بيده لوجود التصرف والاستعمال ومن ضرورة
ذلك اثبات اليد كالركوب على الدواب واللبس في الثياب كذا في العناية في يده صبي يعبر عن نفسه اي

يتكلم

رجل اوصى بثلث ماله لرجل وادعى الموصى له بعد موت الموصي انه ابن الموصي فلم يمكنه اثباته وطلب ثلث المال بحكم الوصية يعطى له قال في مجمع النوازل يعطى له الاقل من نصيب الابن ومن الوصية لانه لا تهمة في هذا وقال محمد رحمه الله لا شيء له للتناقض في الثالث عشر من الدعوى خزانة

يتكلم ويعلم ما يقول واما اذا لم يعبر عن نفسه فهو في يد نفسه فيكون عند ذي اليد فقال انا حر فالقول له لانه اذا كان
يعبر عن نفسه فهو في يد نفسه فلا يقبل دعوى احد عليه انه عبده عند انكاره الا ببينة كالبالغ فان قال
انا عبد لفلان وهو غير ذي اليد فهو عبد لذي اليد لانه اقر انه لا يد له حيث اقر على نفسه بالرق فكان ملكا لمن
في يده كالقماش فان قيل الاقرار بالرق ... فكان الواجب ان لا يعتبر في حق الصبي اجيب
بان الرق لم يثبت باقراره بل بدعوى ذي اليد الا ان عند معارضته اياه بدعوى الحرية لا يتقرر يده عليه وعند
عدمها تتقرر فيكون القول قوله في رقه كالذي لا يعقل اذا كان في يده ... لا يعبر عن نفسه لانه
لما لم يكن يده معتبرة لم يجعل في يد نفسه فيكون القول لذي اليد فلو ادعى الحرية عند كبره لا يقبل بلا حجة فاذا
ادعاه وبرهن على ذلك تسمع لان التناقض في دعوى الحرية لا يمنع صحة الدعوى كل قولين تناقضين
صدرا من المدعي عند الحاكم ان امكن التوفيق بينهما تثبت الدعوى صيانة لكلامه عن اللغو نظرا الى عقله ودينه وان
تعذر التوفيق بينهما لم تقبل كما اذا صدر من الشهود وكل ما اثر في قدح الشهادة اثر في منع استماع الدعوى قال
ابو حنيفة اذا قال المدعي ليس لي بينة على دعوى هذا الحق ثم اقام البينة عليه لم تقبل لانه اكذب بينته وعن محمد انها تقبل
لانه يجوز انه نسيها ولو قال ليس لي على فلان شهادة ثم شهد له لم تقبل وروى الحسن عن ابي حنيفة انه تقبل
شهادته لاحتمال النسيان ايضا ولو قال لا اعلم لي حقا او لا اعلم لي حجة ثم ادعى حقا او جاء بحجة قبلت ولو قال ليس لي
حق لا تقبل ولو قال ليس لي حجة تقبل بينته لاحتمال الخفاء في البينة دون الحق وروى ابن سماعة عن محمد قال هذه
الدار ليست لي ثم اقام البينة انها له يقضى له بها لانه لم يثبت بذلك حقا لاحد فكان ساقطا الا ترى ان الملاعن
اذا ادعى نسب الولد صح لانه لم يثبت النسب من غيره باللعان ولو قال الرجل ادفع الى هذه الدار اسكنها او
هذا الثوب البسه ونحو ذلك فابى ثم ادعى السائل ذلك صح لانه يقول انما طلبتها بطريق الملك لا بالعارية وفي
الفتاوى لو باع عقارا وابنه او زوجته حاضر فتصرف المشتري فيه ثم ادعى الابن او الزوجة انه ملكه ولم يكن
لابيه اتفق مشايخنا انه لا يسمع مثل هذه الدعوى وهو تلبيس محض وحضوره عند البيع وترك المنازعة اقرار منه
انه ملك البايع وجعل سكوته في هذه الحالة كالافصاح بالاقرار قطعا للاطماع الفاسدة لاهل العصر في الاضرار
بالناس ولو انكر النكاح ثم ادعاه قبلت بينته على ذلك وفي البيع لا تقبل لان البيع انفسخ بالانكار والنكاح
لا ينفسخ به الا يرى انه لو ادعى تزويجا على الف فانكرت فاقامت البينة على الفين قبلت ولا يكون انكارها
تكذيبا للشهود وفي البيع لا تقبل لكونه تكذيبا للشهود كذا في الاختيار قال احد الورثة لا دعوى لي في التركة لا
يبطل دعواه قال لست انا وارث فلان ثم ادعى ارثه وبين الجهة صح قال ذو اليد ليس هذا لي ونحوه ولا
منازع ثمة ثم ادعاه فقال سوى صح ولو كان ثمة منازع كان اقرارا له في رواية وفي اخرى لا ولو قاله الخارج لا تدعي
ذلك بعده ادعى زيد مالا ولم يثبت فادعاه على آخر لم يسمع اقر بمال لغيره كما يمنع دعواه لنفسه يمنعها لغيره
بوكالة او وصاية ... ابرائه عن جميع الدعوى ثم الدعوى بها ادعى دارا لنفسه ثم ادعى انها وقف عليه
تسمع كدعوى ماله ثم لغيره ولو عكس لم يجز في رواية وجاز في اخرى ان وفق برهن على قول المدعي انا مبطل
في الدعوى او شهودي كذبة او ليس لي عليه شيء صح الدفع ولو برهن على قوله بدروغ كواه ان آرم للمدعي عليه
اذا جاء بخط البراءة فقال المدعي نعم لكني كنت صبيا وقت الابراء فالقول له التناقض في موضع الخفاء لا يمنع
صحة الدعوى وقيل يمنع فان ادعى الوصية فانكرها الوارث فاقام بينة فادعى الوارث الرجوع تقبل وقيل لا كذا في

وقد قال فاضل ظهير الدين رحمه الله ادعى ثوبا فانكر وصالح على شيء ثم اقام البينة ان المدعي اقر قبل الصلح انه لا حق له في هذا الثوب لا يقبل بينته ويكون الصلح والقضاء ماضيا الا اذا اقام بينة
وان اقام البينة ان المدعي اقر بعد الصلح انه لم يكن له الثوب بطل الصلح لان المدعي باقراره زعم ان الذي اخذ من بدل الصلح اخذه بغير حق اما اذا كان اقرار قبل الصلح
فقد يجوز ان يكون ملكه بعد اقراره قبل الصلح وان كان القاضي علم ان المدعي اقر قبل الصلح فهو بمنزلة ما اذا اقر بعد الصلح

الغرر وقد ذكرنا في البيوع الاصح ان الاستيام اقرار بالملك فلا تسمع دعوى الملك بعده فتذكر وكما لا تسمع دعواه بعد
الاستيام من البايع لا تسمع من غير البايع والاستيداع والاستعارة والاستجارة والاستيهاب اقرار بانه ملك
لذي اليد فلا تسمع دعوى الملك بعدها سواء يدعي لنفسه او لغيره بالوكالة ولو اقيمت
البينة على انه ساومه في مجلس القضاء خرج هو من الخصومة وخرج الموكل ايضا من الخصومة ولو كانت المساومة في غير مجلس
القضاء خرج من الخصومة دون الموكل وكما ان الاستيداع اقرار بالملك فكذا قبول الوديعة كذا في اقرار الخلاصة

باب

لما فرغ من بيان دعوى الاموال شرع في بيان دعوى النسب لان الاول اكثر وقوعا فكان اهم ذكرا
فقدمه ولدت مبيعة ولدا في يد المشتري لاقل من نصف سنة مذ بيعت لا ابعد فيها المسئلة قيد زائد على ما صرح به
صاحب الخلاصة حيث قال هذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت البيع وقد كان البايع اشترى هذه
الجارية وباعها بعد سنتين حتى علم ان العلوق كان في ملك البايع فادعاه اي الولد البايع وحده بعد الولادة بخلاف
ما اذا ادعاه البايع قبل الولادة فانه موقوف فان ولدت حيا صحت دعوته والا فلا ولو اشتراها حبلى ثم باعها لا تصح
دعوته وان اختلفا فالقول للبايع لانه المتمكن من وطئها كذا في الاختيار فهو اي الولد الذكر ابنه اي البايع فهي اي الام
ام ولده اي البايع استحسانا وفي القياس وهو قول زفر والشافعي دعوته باطلة لان البيع اعتراف منه بانه عبد فكان
في دعواه متناقضا فلا يسمع دعواه كما لو قال كنت اعتقتها او دبرتها قبل ان ابيعها واذا لم تكن
الدعوة صحيحة لا يثبت النسب اذ لا نسب في الجارية بدون الدعوى وجه الاستحسان انا تيقنا باتصال العلوق بملكه
وذلك شاهد ظاهر على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا فنزل ذلك منزلة البينة في ابطال حق الغير عنها وعن ولدها
ومبنى النسب على الخفاء لان الانسان قد لا يعلم ابتداء بكون العلوق منه ثم يتبين له انه منه فيعفى فيه التناقض ولا
كذلك العتق والتدبير وصار كالمرأة اذا اقامت البينة بعد الخلع على ان الزوج كان طلقها ثلاثا واذا صحت الدعوة
استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده ويفسخ البيع حينئذ لبطلان بيع ام الولد اتفاقا ويرد الثمن
الى المشتري ان كان منقودا لانه قبضه بغير حق وان كان الوصل ادعاه المشتري مع دعوته او بعدها اما الاول فلان
دعوة البايع اسبق لاستنادها الى وقت العلوق حيث كان في ملكه فدعوته دعوة استيلاد ودعوة المشتري دعوة
تحرير لان اصل العلوق لم يكن في ملكه ولا تعارض بينهما لكون الاولى اقوى لسبقها فان قلت كيف تصح الدعوة
والملك معدوم فالجواب ان دعوة الاستيلاد لا تفتقر الى قيام الملك في الحال لاستنادها الى زمان الملك بخلاف دعوة
التحرير واما الثاني فلاستغناء الولد عن النسب وفي المبسوط لو ادعاه المشتري اولا يثبت النسب منه لانه مملوكه
في الحال يملك اعتاقها واعتاق ولدها فيصح دعوتها ايضا لحاجته الى النسب والحرية ويثبت لها امومية الولد باقراره ولا
يصح دعوة البايع بعد ذلك لان الولد استغنى عن النسب حين ثبت نسبه من المشتري كذا في الخبازي والنسب بعد
ما ثبت لا يحتمل الابطال والانتقال ولا يتعين الحمل على ان المشتري نكحها واستولدها ثم اشتراها اذ يحتمل ان يكون المشتري
مالكا لها قبل ذلك ويكون العلوق في ذلك ثم لو اشترط في المسئلة ان البايع اشترى الجارية وباعها بعد سنتين يسقط
هذا الاحتمال كذا في ايضاح ابن كمال وكذا يكون الابن للبايع لو ادعاه اي الولد بعد موت الام وقد جاءت به لاقل
من نصف سنة لان الولد اصل لاضافتها اليه حيث يقال ام الولد واستفادتها الحرية من جهته لقوله عليه السلام
اعتقها ولدها حين قيل له وقد ولدت مارية القبطية ابراهيم من رسول الله عليه السلام الا تعتقها ولان لها ثبت
لها حق الحرية وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى واذا لم يكن في الاصل ما يمنع الدعوة لم يضر فوات التبع او بعد عتقها

يعني

يعني اذا اعتق المشتري الام وقد جاءت به لاقل من نصف سنة فادعى البايع الولد فهو ابنه ايضا ويرد البايع
على المشتري حصته اي حصة الولد من الثمن في العتق بان يقسم الثمن على قيمتهما ويعتبر قيمة الام يوم القبض لانها دخلت
في ضمانه بالقبض وقيمة الولد يوم الولادة لانه صار له القيمة بالولادة فيعتبر قيمته عند ذلك ذكره ابن كمال نقلا عن
التبيين ويرد كل الثمن في الموت عند ابي حنيفة وقالا لا يرد حصتها اي الولد فقط فيهما اي في العتق والموت ولا
يرد حصة الام وهذا الخلاف مبني على ان مالية ام الولد غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري
وعندهما متقومة فيضمنها قال صاحب الهداية وعنده بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت اشتهر واحترز
بقوله هو الصحيح عما ذكر شمس الائمة في المبسوط وقاضي خان والمحبوبي انه يرد بالحصة حصة الولد من الثمن بخلاف الموت
وفرقوا بينهما بان في الاعتاق كذب القاضي البايع فيما زعم انها ام ولده حين جعلها معتقة المشتري او مدبرته
فلم يبق لزعمه عبرة واما في فصل الموت فبموتها لم يجر الحكم بخلاف ما زعم البايع فبقي زعمه معتبرا في حقه فرد جميع الثمن
والذي اختاره صاحب الهداية هو ما ذكره شمس الائمة في الجامع الصغير بناء على ان ام الولد لا قيمة لها وقالوا
انه يخالف لرواية الاصول وكيف يسترد كل الثمن والبيع لم يبطل في الجارية ولهذا لم يبطل اعتاق المشتري كذا في
العناية ولو ادعاه اي البايع الولد بعد موته اي الولد ردت دعوته لعدم الحاجة الى ثبوت النسب بعده او
عتقه ردت دعوته في حق الولد والام جميعا اما الاول فلانها ان صحت بطل عتقه والعتق بعد وقوعه لا
يحتمل البطلان واما الثاني فلانها تبع له فاذا لم تصح في حق الاصل لم تصح في حق التبع ضرورة ولو ولدت لاكثر
من نصف سنة واقل من سنتين من وقت البيع ان صدقه اي البايع المشتري فالحكم كالاول يثبت نسب
الولد ويبطل البيع والولد حر والام ام ولد لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك والا اي وان لم يصدق
المشتري البايع في دعوى نسب الولد فلا يثبت نسبه لاحتمال ان لا يكون العلوق في ملكه فلم يوجد الحجة ولو
ادعاه المشتري وحده صح دعوته لان دعوته صحيحة حالة الانفراد فيما لا يحتمل العلوق في ملكه ففيما يحتمل اولى ويكون
دعوته دعوة استيلاد حتى يكون الولد حر الاصل ولا يكون له ولاء على الولد لان العلوق في ملكه ممكن وان ادعياه
معا او متعاقبا فالمشتري اولى لان البايع في هذه الحالة كالاجنبي هذا اذا كانت المدة معلومة اما اذا لم يعلم
بانها ولدت بعد البيع لاقل من اقل مدة الحمل او لاكثر من اكثرها او لما بينهما فالمسئلة على اربعة اوجه فدعوة البايع
وحده لا تصح بغير تصديق المشتري لعدم تيقن العلوق في ملكه فدعوة المشتري وحده صحيحة واحتمال كون
العلوق في ملك البايع ان جاءت به لاقل المدة لا يمنع دعوة المشتري وان ادعياه معا لم يصح دعوة واحد منهما
وكان الولد عبدا للمشتري لانها ان جاءت به لاقل المدة كان النسب للبايع وان جاءت لاكثر من اقل المدة كان
النسب للمشتري فوقع الشك في ثبوته فلا يثبت وان ادعياه متعاقبا ان سبق المشتري صحت دعوته
وان سبق البايع لم يصح دعوة واحد منهما لوقوع الشك في ثبوت النسب من واحد منهما وان كان اي لاكثر
من سنتين لا تصح دعوته اي البايع للتيقن بعدم العلوق في ملكه ولكن ينظر فان صدقه المشتري ثبت نسبه
اذ عدم ثبوته لرعاية حق المشتري فاذا صدقه زال المانع وحمل على النكاح اي على الاستيلاد بالنكاح حملا لامره
على الصلاح ولا يرد البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه ولا يعتق الولد اذ لا يثبت حقيقة العتق في حق
الولد ولا حقه في الام فلا تصير ام الولد واذا لم تصر ام ولده بقي الدعوة في الولد دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله
والبايع ليس بمالك وان ادعاه المشتري وحده صح دعوته وان ادعياه معا او متعاقبا صح دعوة المشتري

لان البائع كالاجنبي كذا في العناية والمسلم والذمي والحر والمكاتب في ذلك سواء وان حبلت امة في ملك
رجل فباعها وتداولتها الايدي ثم رجعت الى الاول فولدت في يده فادعاه ثبت نسبه منه وبطلت البيوع
كلها وتراجعوا الاثمان ولو لم يكن اصل الحمل عنده لم يبطل العقود كذا في الاختيار وان باع عبدا ولد عنده يعني كان
اصل العلوق في ملكه ثم ادعاه اي البائع العبد المبيع بعد بيع مشتريه من آخر صحت دعوته اي البائع فيكون ابنه
ورد بيع مشتريه لاحتماله النقض وما للبائع من حق الدعوة لا يحتمله فينتقض لاجله وكذا لو كاتبه المشتري بان
اشترى امة مع ولدها وكاتب الولد او كاتب امه ورهن الام والولد او آجر الولد والام او زوجها ثم كانت
الدعوة صحت الدعوة ونقضت هذه التصرفات لان هذه العوارض تحتمل النقض فتنتقض لاجل ما لا يحتمله بخلاف
الاعتاق والتدبير كما تقدم وبخلاف ما اذا ادعاه المشتري اولا ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من
البائع لان النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه ولو باع احد توأمين ولدا عنده فاعتقه
مشتريه ثم ادعى البائع الآخر ثبت نسبهما من البائع لانهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما
ثبوت نسب الآخر لان التوأمين ولدان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر ولا يتصور علوق الثاني حادثا
لانه لا حمل اقل من ستة اشهر وبطل عتق المشتري لانه بالدعوة ظهر ان البيع لم يكن صحيحا فالاعتاق لم يصادف
محلا كان خليقا بالرد والابطال بخلاف ما اذا كان الولد واحدا لان هناك يبطل العتق فيه مقصودا على تقدير تصحيح
الدعوة من البائع وقد تقدم ان حق الدعوة لا يعارض الاعتاق وفي مسئلة التوأمين يثبت بطلان اعتاق المشتري
في المبيع تبعا لحريته حرية الاصل لا حرية التحرير ولو لم يكن اصل العلوق في ملك المدعي يثبت نسب الولد الذي عنده ولا ينتقض
البيع فيما باع لانه لما لم يكن اصل العلوق في ملكه انعدم شاهد الاتصال بالمدعي فكان قوله هذا ابني مجازا لقوله هذا حر
دعوة تحرير ولو قال لاحد التوأمين هذا حر كان تحريرا مقتصرا على المحل ولاية فكذا دعوة التحرير ونوقض بما اذا اشترى الرجل
احد التوأمين وابوه الآخر فادعى احدهما الذي في يده انه ابنه يثبت نسبهما ويعتقان جميعا ولم يقتصر دعوة التحرير
على المحل ولايته مع عدم شاهد الاتصال اذ الكلام فيه واجيب بان ذلك لمعنى آخر وهو ان المدعي ان كان هو الاب فالابن
قد ملك اخاه فيعتق عليه وان كان هو الابن فالاب ملك حافده فيعتق عليه ولا يكاد يصح مع دعوة التحرير ومن في يده
صبي لو قال هو ابن زيد ثم قال هو ابني لا يكون ابنه وان جحد زيد بنوته عند ابي حنيفة وعندهما يصح ان جحد
زيد بنوته صورة المسئلة في الهداية وشرحها هكذا اذا كان صبي في يد رجل فاقر انه ابن عبده فلان او ابن فلان
الغائب ثم ادعاه لنفسه لم تصح دعوته في وقت من الاوقات لا حالا ولا استقبالا اما حالا فظاهر لوجود
المانع وهو تعلق حق الغير واما استقبالا فلان الغائب لا يخلو حاله عن ثلاث اما ان يصدقه او يكذبه او يسكت
عن التصديق والتكذيب ففي الوجه الاول والثالث لا تصح دعوته بالاتفاق لانه لم يتصل باقراره تكذيب من جهة
المقر له فبقي اقراره وفي الوجه الثاني لم يصح دعوته عند ابي حنيفة خلافا لهما فالاقرار بالنسب يرتد بالرد ولهذا اذا اكره
على الاقرار بنسب عبده فاقر به لا يثبت وكذا لو هزل به فاذا رده العبد كان وجوده وعدمه على حد سواء فصار
كانه لم يقر لاحد وادعاه لنفسه وصار كما اذا اقر المشتري على البائع باعتاق المشتري فكذبه البائع ثم قال المشتري
انا اعتقته فان الولاء يتحول اليه بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعي بعد ذلك نسبا ثابتا من الغير وهو لا يصح بخلاف
ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه
من غير الملاعن لاحتمال تكذيب الملاعن نفسه ولابي حنيفة ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته وهذا بالاتفاق وما

كان

كان كذلك فالاقرار به لا يرتد بالرد لان الاقرار به يتضمن شيئين خروج المقر عن الرجوع فيما اقر به لعدم احتمال النقض
كالاقرار بالطلاق والعتاق وتعلق حق المقر له به وتكذيب العبد لا يبطل شيء منهما اما الاول فلان تكذيبه لا يخرج جانبه
لما قلنا واما الثاني فلانه ليس حقه على الخلوص بل فيه حق الولد ايضا وهو لا يقدر على ابطاله ونظيره الامام فخر الاسلام
بمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة من قرابة او فسق ثم ادعاه الشاهد لنفسه فانها لا تصح
وذكر الاسبيجابي انه على الخلاف لا تقبل عند ابي حنيفة خلافا لهما ولو كان الصبي في يد مسلم وذمي فادعى المسلم انه عبده و
ادعى الكافر بنوته فهو اي الصبي حر ابن الكافر لان الاسلام مرجح اينما كان والترجيح يستدعي التعارض ولا تعارض
ههنا لان النظر للصبي واجب ونظره فيما ذكرنا اوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل
الاسلام ظاهرة وفي عكسه الحكم بالاسلام ينال الحكم به تبعا وحرمانه عن الحرية اذ ليس في وسعه اكتسابها ولو
كان الصبي في يد زوجين فزعم الزوج انه ابنه من غيرها اي من غير هذه الزوجة وزعمت الزوجة انه ابنها من غيره
اي من غير هذا الزوج فهو ابنهما لانكان ثبوت النسب منهما بالالتزام فلا حاجة الى الحجة هذا اذا صدقها فيما
زعمت فان كذبها لم تجز دعوتها حتى تشهد بالولادة امرأة لانها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بالحجة وشهادة
القابلة كافية لان التعيين يحصل بها وهو المحتاج اليه اذ النسب يثبت بالفراش القائم وقد صح ان النبي عليه السلام
قبل شهادة القابلة على الولادة هذا اذا كانت ذات زوج وان كانت معتدة احتاجت الى حجة كاملة عند ابي
حنيفة الا اذا كان هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج وقالا يكفي في جميع ذلك شهادة امرأة واحدة كما مر في الطلاق
وان لم تكن ذات زوج ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها وفي هذا لا فرق
بين الرجل والمرأة ومنهم من قال لا يقبل قولها سواء كانت ذات زوج او لا والفرق هو ان الاصل ان كل من ادعى امرا لا يمكن
اثباته بالبينة كان القول فيه قوله من غير بينة وكل من يدعي امرا يمكنه اثباته بالبينة لا يقبل قوله فيه الا بالبينة والمرأة يمكنها
اثبات النسب بالبينة لان انفصال الولد منها مما يشاهد فلا بد لها من بينة والرجل لا يمكنه اقامة البينة على الاعلاق
لخفاء فيه فلا يحتاج اليها والاول هو المختار لعدم التحميل على احد فيها هذا اذا كان الصبي غير معبر عن نفسه واما ان كان
معبرا عن نفسه فالقول للصبي فايهما صدقه ثبت نسبه منه بتصديقه كذا في العناية عبد في يد رجل اقام رجل
البينة انه عبده ولد في ملكه من امته هذه ومن عبده هذا واقام رجل آخر البينة على مثل ذلك فانه يقضى بالعبد بين الخارجين
نصفين لانهما استويا في دعوى النتاج وهما خارجان ويكون الابن من العبدين والامتين جميعا جارية بين رجلين
او ثلاثة او اكثر فان ولدت ولدا فادعوه جميعا ثبت النسب من الكل في قول ابي حنيفة وزفر والحسن بن زياد وعن
ابي حنيفة في رواية يثبت النسب من الخمس لا من الزيادة لان المقصود من النسب احكامه عينه واحكامه الميراث والحضانة
والتربية ونحو ذلك مما يقبل الشركة فتقبل بينة الكل كما لو ادعى نتاج دابة فاقام كل واحد منهم البينة انها دابته ولدت
دابتي هذه لدابة معروفة له فانه يقضى بالبينات وان كثرت كذا في قاضيخان ولو استولد مشتراة او ما ملكها بوجه
آخر ثم استحقت فالولد حر لانه ولد المغرور فان المغرور من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين او نكاح فتلد منه ثم تستحق
وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة رضي الله عنهم وانما سمي مغرورا اذ غره من ملكه وعلى الاب قيمته اي قيمة الولد يوم
الخصومة اعلم انه لا خلاف في ان ولد المغرور حر الاصل وانه مضمون على الاب الا ان السلف اختلفوا في كيفية ضمانه
فقال عمر بن الخطاب ان كان الولد غلاما فعلى الاب غلام مثله وان كان جارية فعليه جارية مثلها وقال علي بن
ابي طالب عليه قيمتهما واليه ذهب اصحابنا اذ قد ثبت بالنص ان الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل ولان النظر من

الجانبين واجب دفعاً للضرر عنهما فيجعل الولد حر الاصل في حق ابيه رقيقاً في حق مدعيه نظراً لهما ثم الولد حاصل
في يده من غير صنعه وتعد منه فكان كولد المغصوبة امانة لا يضمن الا بالمنع ولهذا يعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لانه يوم
المنع كذا في العناية فان مات الولد يعني قبل الخصومة اذ لو مات بعدها يغرم لتحقق المنع فلا شيء من قيمته على ابيه
لانعدام المنع وان ترك الولد مالاً يكون تركته له اي لابيه لانه حر الاصل في حقه فيرثه وان قتله الاب غرم قيمته
لوجود المنع وكذا غرم الاب قيمته ان قتله اي الولد غيره اي غير الاب فاخذ الاب ديته لان سلامة بدله كسلامة
نفسه ومنع بدله كمنع نفسه فيغرم قيمته كما لو كان حياً بخلاف ما اذا لم يأخذ الدية من القاتل حيث لا يضمن شيئاً لانه لا
يمنع الولد لا حكماً ولا حقيقة ذكره في غاية البيان ويرجع المشتري مثلاً بقيمته اي الولد وبالثمن اي وبثمن الام على
بائعه لان الغرور شملهما والبائع قد ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميع اجزائه والولد جزء المبيع وهو الام لا اي لا يضمن
البائع العقر لانه لزمه باستيفاء منافعها وهي ليست من اجزاء المبيع فلم يكن البائع ضامناً لسلامته عندنا خلافاً
للشافعي **كتاب الاقرار** تعقيب الدعوى بالاقرار ثم الصلح ثم المضاربة ظاهر التناسب وذلك لان دعوى
المدعي اذا توجه على المدعى عليه فامره لا يخلو عن ان يقر او ينكر فالظاهر الاقرار اذ ليس فيه تكذيب احد ثم الانكار يستدعي
الصلح لان الصلح سيد الاحكام وبعد ما حصل المال اما بالاقرار او الصلح فامر صاحب المال في حاله لا يخلو اما
ان يستربح اولا ولما كان الاسترباح مقتضى الطبع الانساني باشارة قوله تعالى ان الانسان خلق هلوعا الآية وكان
الاسترباح بنفسه قد تكفل ببيانه كتاب البيوع اتبع الصلح بالمضاربة ثم الوديعة وهو لغة هو الاثبات يقال قر
الشيء اذا ثبت وشرعاً هو اخبار عما كان ثابتاً قبله وهو يحتمل الصدق والكذب هكذا ذكره ابن كمال نقلاً عن
مختارات النوازل لصاحب الهداية وقال القهستاني هو في اللغة اثبات الشيء باللسان او بالقلب او بهما ضده
الانكار دون الجحود فانه مختص باللسان كما في المفردات وفي الشريعة اخبار اي اعلام بالقول فلو كتب اخبارا ولم
يقل شيئاً لم يكن اقرارا ويدخل فيه ما اذا كتب الى الغائب اما بعد فله علي كذا فانه كالقول شرعاً كما في الضوء بحق
اي ما يثبت ويسقط من عين وغيره لكنه لا يستعمل الا في حق المالية فيخرج عنه ما دخل من حق التعزير ونحوه لآخر على نفسه
اي الغير المخبر على المخبر وبه يحترز عن الانكار والدعوى والشهادة ولا ينتقض باقرار الوكيل والولي ونحوهما لنيابتهم
مناب المنوبات شرعاً ولا يصح الاقرار الا لمعلوم اي المقر له معلوم وكذا لو كان المقر غير معلوم فلو قال لزيد علي الف
درهم لم يصح لان زيداً في الدنيا [illegible] كثير وكذا لو قال لك على احدنا الف درهم لان المقضي عليه مجهول كما في
الكفاية ومعتبر في عدم الصحة تحشل الجهالة فلو اقر لواحد من الناس لم يصح ولاحد هذين صح كما في الكرماني وحكمه
ظهور المقر به اي المخبر به للمقر له عليه لا الانشاء اي لا اثبات المقر به بهذا اللفظ ولذا قالوا ان المقر له اذا علم
ان المقر كاذب في اقراره ثم اخذه منه لم يحل له ديانة الا اذا اخذه عن طيب نفسه فانه تمليك مبتدأ كما في الكفاية وغير
وتصديق المقر له لم يشترط وان رد برده ولو صدقه ثم رده لم يصح الرد كما في الكافي ولو رده ثم اعاد اقراره صح الاقرار
كما في الزاهدي كذا في القهستاني والتحقيق ان الاقرار اخبار بثبوت حق عليه او بعدمه لا انشاء لانه ليس بسبب
للملك للمقر له وذلك لان الاقرار لما كان اخباراً بالثبوت كان كشفاً عما وقع لا ايجاداً ابتدائياً واستحداثاً
عما لم يقع ولهذا كان حكمه ظهور المقر به لا ثبوته ابتداء وهذا لان الاقرار اخبار يحتمل الكذب بجواز تخلف مدلوله
الوضعي عنه بخلاف الانشاء كالبيع والهبة وامثالهما لانه ايجاد معنى بلفظ يقارنه في الوجود لامتناع تخلف مدلوله
عنه وبقولنا او بعدمه دخل فيه نحو لا حق لي على فلان كابراء الدين واسقاطه كاسقاط الشفعة ثم نحو قصر

كون

كون حكمه الظهور ان الاقرار ملزم على المقر ما اقر به لوقوعه دلالة على المخبر به فان المال محبوب بالطبع فلا يقر لغيره كاذباً
وقد اعتضد هذا المعقول بقوله صلى الله عليه وسلم الاقرار والالزام به في باب الحدود فانه عليه السلام رجم ماعزاً باقراره
والغامدية باقرارها فانه اذا كان ملزماً فيما يندرئ بالشبهات فلان يكون ملزماً في غيره اولى وهو حجة قاصرة
اما حجيته فلما تبين انه ملزم واما قصوره فلعدم ولاية المقر على غيره وتحقيقه ان الاقرار خبر متردد بين الصدق
فكان محتملا والمحتمل لا يصلح حجة ولكن جعل حجة بترجيح جانب الصدق بانتفاء التهمة فيما اقر به على نفسه والتهمة
باقية في الاقرار على غيره فبقي على التردد الا في صلاحيته للحجية فصح ظاهره انه تفريع على كون حكم الاقرار الظهور
لا الانشاء لكن لو ضم قوله لا انشاء الخ بذيل التعريف لكان ادخل في محله لان الاشتباه في ان الاقرار نفسه انشاء
لا في ان حكمه انشاء فيكون جمع النفي والاثبات في التعريف ابلغ في رد ما قال بعضهم ان الاقرار انشاء الاقرار بالخمر
للمسلم فمعنى التفريع على الظاهر فاذا كان حكم الاقرار ظهور المقر به لا الانشاء صح اقراره بخمر لمسلم فيؤمر المقر بتسليم
الخمر الى المسلم لكون اقراره كشفاً عما وقع اذ لو كان انشاء وتمليكا مبتدأ لما صح لعدم صحة تمليك الخمر للمسلم ولا
يخفى انه ليس في هذا دلالة على ان الخلاف في ان الاقرار اثبات او انشاء وعلى رد ما هو المرجوح منه بخلاف ما اذا
كان قوله لا انشاء الخ من تتمة التعريف مقدما على الحكم حيث يلوح حاصل التفريع ان صحة الاقرار بالخمر للمسلم لكون
الاقرار اثباتاً لا انشاء وكون حكمه ظهور المقر به وذلك لانه لو كان الاقرار انشاء وحكمه الثبوت لما صح ذلك الاقرار
لعدم جواز تمليك الخمر للمسلم شرعاً فيكون في المسئلة دلالة على الخلاف مع الاشارة الى الراجح عند اكثر المشايخ لا اي
لا يصح الاقرار بطلاق وعتاق مكرهاً ولو كان انشاء لصح ذلك لان طلاق المكره واعتاقه واقعان عندنا واذا اقر
حر شرط الحرية ليصح اقراره مطلقاً فان العبد المأذون له وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار ولكن المحجور عليه لا يصح اقراره
بالمال ويصح بالحدود والقصاص كذا في الهداية قال صاحب العناية وكان هذا اعتذار عن قول البداية اذا اقر
الحر ولعله لا يحتاج اليه لانه قال اذا اقر الحر لزمه وهذا صحيح واما غير الحر اذا اقر لزمه او لم يلزم فمسكوت عنه فلا يرد
عليه شيء والصحيح ان يقال ليس معذرة وانما هو لبيان التفرقة بين العبيد في صحة اقرارهم بالحدود والقصاص
وبين المحجور عليه في الاقرار بالمال دون المأذون له انتهى وانت خبير بانهم صرحوا ومنهم صدر الشريعة في باب المهر
بان التخصيص بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بلا خلاف فقوله مسكوت عنه غير مسلم ولو سلم السكوت
في هذا المقام يحتاج الى معذرة ثم كونه معذرة هو الظاهر الجلي كما في حاشية سعدي جلبي على العناية مكلف اي عاقل
بالغ لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لعدم اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي مأذونا له لانه بحكم الاذن ملحق بالبالغ
بحق معلوم او مجهول فلا يشترط كون المقر به معلوما فان جهالته لا تمنع صحة الاقرار لان الاقرار اخبار عن ثبوت
الحق والحق قد يلزم مجهولا بان اتلف مالا لا يدري قيمته او جرح جراحة لا يعلم ارشها او بقي عليه بقية حساب لا يحيط
به علمه بخلاف المقر له فانها تمنع صحة الاقرار لان المجهول لا يصلح مستحقا ذكره في الهداية قال العلامة النسفي اذا كانت
متفاحشة بان كان هذا العبد من هذا او من هذا فانه لا يصح هذا الاقرار عند شمس الائمة السرخسي لانه اقرار
للمجهول وفائدته الجبر على البيان فلا يفيد وقيل يصح وهو الاصح لانه يفيد لك فائدته وهو وصول الحق الى المستحق
وطريق الوصول ثابت لانهما اذا اتفقا على اخذه فلهما حق الاخذ انتهى وظاهر ان المختار صاحب الهداية ما ذهب
اليه شمس الائمة كذا في حاشية سعدي جلبي على العناية كتبه وحق صح اقراره لما مر ولزمه ان للمقر بيان المجهول
فيقال له بين المجهول لانه المجمل فاليه بيانه كما اذا اعتق احد عبديه فان لم يبين اجبره الحاكم على البيان لانه

لرغد الخروج عما لزمه بصحيح اقراره وللخروج انما يكون بالبيان فان قال له على شئ لزمه ان يبين بماله قيمة لانه اخبر
عن الوجوب فى ذمته وما لا قيمة له لا يجب فى الذمة فيكون رجوعا عن الاقرار وذلك باطل فاذا بين بماله قيمة مما يثبت
فى الذمة مكيلا كان او موزونا او عدديا نحو كر حنطة او فلس او جوزة فاما ان يساعده المقر له او لا فان ساعده اخذه
والا كان القول قوله اى قول المقر مع يمينه اذا ادعى المقر له اكثر مما يبين به المقر لانه المنكر للزيادة وكذلك اذا قال
لفلان على حق لما بينا انه اخبر عن الوجوب وكذا لو قال غصبت منه شيئا وجب عليه ان يبين بما هو مال حتى لو بين
ان المغصوب زوجته او ولده لا يصح وهو اختيار مشايخ ما وراء النهر وقيل يصح وهو اختيار مشايخ العراق
والاول اصح لان الغصب اخذ مال بحكم لا يجرى فيما ليس بمال ولا بد ان يبين بما يجرى فيه التمانع حتى لو بين فى
حبة حنطة او فى قطرة ماء لا يصح لان العادة لم تجر بغصب ذلك فكانت مكذبة له فى بيانه ولو بين فى العقار وفى خمر
المسلم صح لانه مال يجرى فيه التمانع كذا فى العناية ولو انكر الاقرار بمجهول واريد اقامة البينة عليه لم تقبل لان جهالة المشهود
به تمنع صحة الشهادة وتمامه فى الجواهر والتحفة كذا فى القهستانى وفى قوله له على مال لا يصدق فى اقل من درهم استحسانا
والقياس قبوله لانه مال وجه الاستحسان ترك الحقيقة بدلالة العادة وفى مال عظيم لا يصدق فى اقل من
نصاب مما بين به فضة او غيرها وقال الشافعى هو مثل الاول قلنا الوصف بالعظم الغاء ذلك فلا يجوز فلا بد من
البيان بما يعد عظيما عند الناس لان الغنى عظيم عند الناس والغنى بالنصاب لانه يعد صاحبه غنيا فلا بد
من البيان فانه يبين بالمال المذكور فلا بد من بيان اقل ما يكون نصابا ففى الدينار بعشرين مثقالا وفى الدراهم
بمائتى درهم ومن الابل خمسة وعشرون لانه اقل نصاب يجب فيه الزكوة من جنسه وعلى هذا ينبغى ان يكون من الغنم
اربعين ومن البقر ثلثين وكان ينبغى ان يقدر فى الابل بخمس لانه يجب فيه شاة فكان غنيا قلنا هو مال عظيم
من وجه حتى يجب فيه الزكوة وليس بمال من وجه حيث لا يجب فيه من جنسه فاعتبر ما ذكرنا ليكون مالا عظيما مطلقا
اذ المطلق ينصرف الى الكمال ذكره فى الكافى ومن نحو البر خمسة اوسق لانه هو المقدر بالنصاب عندهما وعند
ابى حنيفة يرجع الى بيان المقر ومن غير مال الزكوة قيمة النصاب لما ان النصاب عظيم لان مالكه غنى والغنى
معظم عند الناس وعن ابى حنيفة انه مقدر بعشرة دراهم لانها عظيمة حتى يستباح بها الفرج وقطع اليد والاول
اصح كما ذكره فى الاختيار قال فى النهاية والاصح ان قوله يبنى على حال المقر فى الفقر والغنى فان القليل عند الفقير
كثير واضعاف ذلك عند الغنى ليست بعظيمة وكما ان المائتين عظيم فى باب الزكوة فالعشرة مال عظيم
فى قطع السرقة وتقدير المهر فتعارض فيرجع الى حال المقر كذا فى الخبازى نقلا عن المبسوط وفى اموال عظام ثلاثة
نصب من اى نوع سماه اعتبارا لادنى الجمع وفى دراهم ثلاثة لهذا وفى دراهم كثيرة عشرة عند ابى حنيفة وعندهما
نصاب وثلاثة عند الشافعى لان الكثرة امر اضافى تصدق بعد الواحد على كل عدد [illegible] والعرف فيها
مختلف فكم من مستكثر عند قوم قليل عند آخرين وحكم الشرع كذلك تارة يتعلق بالعشرة وما قل منه كما فى
السرقة والمهر وبالمائتين اخرى كالزكوة وجوبا وحرمانا وما هو اكثر من ذلك كالاستطاعة فى الحج فى الاماكن
البعيدة فلم يمكن العمل بها اصلا فيعمل بقوله دراهم وينصرف الى ثلاثة وقالا امكن العمل بها حكما لان فى النصاب
كثرة حكمية فالعمل به اولى من الالغاء وقال ابو حنيفة ان الدراهم تمييز العدد واقصى ما ينتهى اليه اسم الجمع تمييزا
هو العشرة لان ما بعده تمييز بالمفرد فيكون العشرة هو الاكثر من حيث دلالة اللفظ عليه فينصرف اليه ولو
قال له على دراهم فهو ثلاثة بالاتفاق لانها اقل الجمع الصحيح الذى لا خلاف فيه بخلاف المثنى الا ان يبين اكثر منها

لاحتمال

لاحتمال اللفظ وكونه عليه فلا تهمة وينصرف الى الوزن المعتاد وهو غالب نقد البلد فان لم يكن فيه نقد متعارف
حمل على وزن سبعة لكونه معتبرا فى الشرع كذا فى العناية وفى شاة كثيرة اربعون وابل كثير خمس وعشرون وفى
حنطة كثيرة خمسة اوسق عندهما وفى رواية عنه وفى الحنطة الكثيرة عشرة اقفزة وكذا كل ما يكال او يوزن كما فى الكرمانى كذا فى
القهستانى وكذا درهما درهم كذا كناية عن العدد والاصل فى استعماله اعتباره بالمفسر فما له نظير فى الاعداد المفسرة
حمل على اقل ما يكون من ذلك النوع وما ليس له ذلك بطل فاذا قال كذا درهما كان كما اذا قال له على درهم وكذا كذا احد عشر
لان كذا كناية عن عدد مجهول فقد اقر بعددين مجهولين ليس بينهما حرف العطف واقل عددين كذلك من المفسر احد
عشر وان ثلث بان قال له على كذا كذا كذا درهما بغير واو فكذلك اى لم يزد على احد عشر لعدم النظير وكذا وكذا احد
وعشرون لانه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد وعشرون ووجوب الاقل للتيقن
والاصل فى الذمم البراءة وان ثلث قوله كذا بواو زيد مائة فيلزم مائة واحد وعشرون لانه اقل ما يعبر عنه بثلاث
اعداد مع الواو بخلاف ما اذا ثلث قوله كذا بلا واو حيث يلزم احد عشر حملا للواحد منها على التكرار اذ لم يجمع بين ثلاثة
اعداد بلا عاطف فلا بد من حمل الواحد على التكرار ثم حمل الاثنين على اقل عدد يعتاد التعبير عنه بذكر عددين بلا عاطف
وهو احد عشر وان ربع قوله كذا مع تثليث الواو بان يقول كذا وكذا وكذا وكذا زيد الف على العدد الذى قبله
فيلزم الف ومائة واحد وعشرون لانه نظيره وكذا اى كالعدد فى التفصيل المذكور كل مكيل وموزون وهذا كله
اذا ذكر الدرهم بالنصب وان ذكره بالخفض بان قال كذا درهم عن محمد مائة درهم لانه اقل عدد يذكر الدرهم عقيبه
بالخفض وان قال كذا كذا درهم يلزمه مائتان ولو قال كذا كذا دينارا او درهما فعليه احد عشر منهما بالتسوية
عملا بالشركة ولو قال عشرة ونيف فالبيان فى النيف اليه ويقبل تفسيره فى اقل من درهم لانه عبارة عن مطلق الزيادة
يقال نيف على الستين اذا زاد عليها ولو قال على بضعة وعشرون فالبضع ثلاثة فصاعدا كذا فى الاختيار ولو اقر
بشرك فى عبد فهو نصف عند ابى يوسف وعند محمد يؤمر بالبيان وقوله له على او قبلى بكسر القاف وفتح الباء
اقرار بدين له عليه لان على للايجاب وقبلى ينبئ عن الضمان فان وصل به قوله هو وديعة صدق ويكون مجازا
لايجاب الحفظ والمال محله لكنه تغير عن وضعه فيصدق اذا وصل وان فصل لا يصدق هذه رواية الجامع الصغير
وفى نسخ مختصر القدورى فى قوله قبلى اقرار بامانة لان اللفظ ينتظمها حيث صار قوله لا حق لى قبل فلان ابراء
عن الدين والامانة جميعا والامانة اقلهما فيحمل عليها قال صاحب الهداية والاول اصح وعندى او معى او فى يدى
او فى بيتى او فى صندوقى بضم الصاد المهملة وسكون النون او فى كيسى اقرار بامانة فى يده لان كل ذلك اقرار
بكون الشئ فى يده واليد تتنوع الى امانة وضمان فثبت اقلهما وهو الامانة ولو قال لمن ادعى عليه الفا اتزنها
الالف مذكر وتانيث الضمير بتاويل الجملة وفى القاموس الالف من العدد مذكر ولو انث باعتبار الدراهم جاز
او انتقدها او اجلنى بها او قد قضيتكها او ابرأتنى منها او وهبتها لى او تصدقت بها على او احلتك بها فقد اقر
بالالف المدعى بها لان ما خرج جوابا اذا لم يكن كلاما مستقلا كان راجعا الى المذكور فى الدعوى اولا فكانه اعاده
بصريح لفظه فلما قرن فى الاولين بالكناية رجع الى المذكور فى الدعوى فكانه قال اتزن الالف التى لك على كما لو اجاب
بنعم لكونه غير مستقل ولهذا لو ذكر ذلك بلا ضمير لا اى لا يكون اقرارا بالمدعى لعدم انصرافه الى المذكور لكونه مستقلا
فكانه قال اقعد وزانا للناس والكتب المال واترك الدعوى الباطلة او نقادا او انقد الناس دراهمهم واما
فى قوله اجلنى فلان التاجيل انما يكون فى حق واجب واما فى قد قضيتكها فان القضاء يتلو الوجوب بدعوى

الابراء كدعوى القضاء لانه يتلو الوجوب وكذلك دعوى الهبة والصدقة لان فيهما دعوى التمليك وذلك يقتضي
سابقة الوجوب ولو اقر بدين مؤجل بان قال له علي الف الى سنة وقال المقر له هو حال لزمه حالا لان المقر اقر على نفسه
وادعى حقا لنفسه فيه فلا يصدق كما اذا اقر بعبد في يده لغيره وادعى الاجارة لا يصدق في دعوى الاجارة بخلاف ما اذا
اقر بدراهم سود فانه يصدق لان السواد صفة في الدراهم فلزم على الصفة التي اقر بها وحلف المقر له على الاجل لانه
المنكر للاجل واليمين على من انكر ولو قال له علي مائة ودرهم فالكل دراهم وكذا كل ما يكال ويوزن ولو قال له علي
مائة وثوب او مائة وشاة لزم المقر ثوب واحد وشاة واحد والمرجع في تفسير المائة اليه لانه المجمل وهو القياس في
الدراهم ايضا وبه قال الش لان المائة مبهمة والمبهم محتاج الى التفسير ولا تفسير له بهما لان الدراهم معطوفة
عليها بالواو العاطفة وذلك ليس بتفسير لاقتضائه المغايرة فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل الثاني وجه
الاستحسان وهو الفرق بين الفصلين انهم استثقلوا تكرار الدراهم واكتفوا بذكره مرة والاستثقال فيما يكثر
استعماله وكثرة الاستعمال عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذلك فيما يثبت في الذمة كالدراهم والدنانير والكيل
والموزون لثبوتها في الذمة في جميع المعاملات حالا ومؤجلا ويجوز الاستقراض بها بخلاف غيرها فان الثوب لا يثبت
في الذمة دينا الا سلما والشاة لا تثبت دينا في الذمة اصلا فلم يكثر كثرتها فبقي على الاصل وهو ان يكون بيان المجمل
الى المجمل لعدم صلاحية العطف للتفسير الا عند الضرورة وقد انعدمت واعلم ان الاصل في الباب ان الحجرين ثمن فيثبت
في الذمة ولو عينا وغيرهما من الموزون والكيل والمعدود المتقارب يصلح ثمنا بالوصف فيثبت في الذمة الا اذا
عين واما نحو الحيوان والثوب فلم يصلح ثمنا فلم يثبت في الذمة الا اذا لم يكن بمقابلته مال كما في النكاح والعتاق
والسلم والديات فحينئذ يثبت في الذمة كذا في النهاية او قال مائة واثواب لزمه الى المقر تفسير المائة لما بينا آنفا
ان الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها وان قال له علي مائة وثلاثة اثواب فالكل ثياب بالاتفاق لانه
ذكر عددين مبهمين واعقبهما تفسيرا اذ الاثواب لم يذكر بحرف العطف حتى يدل على المغايرة فانصرف اليهما جميعا
لاستوائهما في الحاجة الى التفسير وكذلك الاقرار بالغصب في جميع ما ذكرنا من الصور ولو اقر بتمر في قوصرة وهي
بالتخفيف والتشديد وعاء التمر يتخذ من القصب سمي بها ما دام التمر فيها والا فهو زنبيل لزماه اي لزم التمر والقوصرة
المقر الاصل في جنس هذه المسائل ان من اقر بشيئين احدهما ظرف للآخر فاما ان يذكرهما بكلمة في او بكلمة من
فان كان الاول كقوله غصبت من فلان تمرا في قوصرة او ثوبا في منديل وطعاما في سفينة وحنطة في جوالق
لزماه لان غصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف وان كان الثاني كقوله تمرا من قوصرة وثوبا
من منديل وطعاما من سفينة لم يلزم الا المظروف لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع ومن اقر
بشيئين لم يكن كذلك كقوله غصبت درهما في درهم لم يلزمه الثاني لان الثاني لما لم يصلح ظرفا للاول لغا
آخر كلامه او بخاتم فيه لغتان كسر التاء وفتحها والكسر افصح لزمه الحلقة والفص لان اسم الخاتم يشملهما عرفا
او بسيف فالنصل اي فلزمه النصل وهو حديدة السيف والجفن وهو الغمد والحمائل جمع حمالة بكسر الحاء وهي
علاقة السيف وهي ما يشد به السيف على الخاصرة من قطعة جلد طويلة لان اسم السيف يطلق على الكل او بحجلة
وهي بيت يزين بالثياب والاسرة والستور فالكسوة والعيدان جمع عود وهو الخشب لاطلاق الاسم
على الكل عرفا وان اقر بدابة في اصطبل لزمه الدابة فقط اي بلا اصطبل لان غير المنقول لا يضمن بالغصب عندهما
خلافا لمحمد بناء على تحقق الغصب في العقار عنده وبثوب في منديل لزماه لما قلنا وكذا بثوب في ثوب لان الثوب

يلف

يلف في ثوب آخر فكان ظرفا له وان بثوب في عشرة اثواب لزمه ثوب واحد عند ابي يوسف واحد عشر عند محمد
لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب فامكن حمله على الظرف ولابي يوسف ان ذلك غير معتاد
وان كان نادرا فالاصل براءة الذمة ولفظة في قد يكون بمعنى بين كقوله تعالى فادخلي في عبادي فلا يجب بالشك
ولو قال له علي خمسة في خمسة لزمه خمسة وان نوى الضرب لان اثر الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المال وعشرة
دراهم وزنا مثلا وان جعلها الف جزء لم يزد وفيه قيراطا وقال زفر يلزمه عشرة وقال الحسن يلزمه خمسة وعشرون
وقد مر ذلك في كتاب الطلاق وبينته مع بان اراد خمسة مع خمسة يلزمه عشرة لان اللفظ يحتمله وفي قوله له علي من
درهم الى عشرة او ما بين درهم الى عشرة يلزمه تسعة عند ابي حنيفة وعندهما عشرة وعند زفر ثمانية وان قال
له من داري ما بين هذا الجدار الى هذا الجدار فله ما بينهما فقط وليس من الحائطين شيء وقد مرت الدلائل في كتاب
الطلاق وصح الاقرار بالحمل يعني لو اقر بحمل جاريته او بحمل شاته لرجل صح اقراره سواء بين سببا صالحا او لا
لانه يمكن ان يحمل على وجه صحيح كما اشار اليه بقوله وحمل على الوصية من غيره اي يحمل هذا الاقرار على ان رجلا
اوصى بالحمل لآخر ومات الموصي فالآن يقر وارثه بانه للموصى له وصح الاقرار للحمل بان قال لحمل فلانة علي الف درهم
لكن لا مطلقا بل ان بين المقر سببا صالحا لتصحيح الاقرار له كارث او وصية بان قال المقر لما في بطن امه لم يكن
من المولى له علي الف درهم من دين كان لابيه مات وانتقل اليه او ميراث ورثه منه او وصية له من غيره
فاستهلكتها وذلك لانه بين سببا صالحا لو عايناه حكمنا به فكذلك باقراره ثم اذا وجد السبب الصالح فلا
بد من وجود المقر له عند الاقرار فان جاءت به في مدة يعلم فيها انه كان موجودا وقت الاقرار بان ولدت حيا لاقل
من نصف حول منذ اقر كذا في العناية والصواب منذ مات الموصي او المورث كما قال العلامة النسفي في الكافي
حيث قال قال في المبسوط هذا اذا وضعت لاقل من ستة اشهر من حين مات الموصي والمورث حتى علم انه
كان موجودا في ذلك الوقت وان وضعته لاكثر من ستة اشهر لم يستحق شيئا الا ان تكون المرأة معتدة
فاذا جاءت بولد لاقل من سنتين حتى حكم بثبوت النسب كان ذلك حكما بوجوده في البطن حين مات الموصي
والمورث انتهى كذا في حاشية سعدي چلبي على العناية فله اي للحمل الصائر وليدا ما اقر به المقر وان جاءت به
لاكثر الى سنتين وهي معتدة فكذلك واما اذا جاءت به لاكثر من ستة اشهر وهي غير معتدة لم يلزمه فالمال
المقر به لورثة المورث او الموصي كما لو ولدت ميتا وان ولدت ولدين حيين فلهما ما اقر به نصفين
اذا كانا ذكرين او انثيين وان كان احدهما ذكرا والآخر انثى ففي الوصية كذلك وفي الميراث للذكر مثل حظ
الانثيين اذا لم تكن الورثة كلهم من اولاد الميت وان ولدت ميتا فللموصي اي فالمال المقر به للموصي
او لورثته ان كان السبب المبين الوصية او المورث ان كان الوراثة يقسم بين ورثة المورث لان هذا
الاقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة حيا ولم توجد فلا انتقال وان كان السبب غير صالح
بان فسر المقر ببيع او اقراض لم يلزمه شيء لانه بين مستحيلا لعدم تصورهما من الجنين لا حقيقة وهو ظاهر
ولا حكما لانه لا يولى عليه فان قيل كان ذلك رجوعا وهو في الاقرار لا يصح اجيب بانه ليس برجوع بل ظهور
كذبه بيقين كما لو قال قطعت يد فلان عمدا او خطاء ويد فلان صحيح وهذا بخلاف ما اذا اقر للصبي ومن
السبب بذلك لانه ان لم يتصور ذلك منه حقيقة فقد يتصور ذلك حكما نيابة وهو القاضي او من اذن له القاضي
واذا تصور بالنائب جاز للمقر اضافة الاقرار اليه او ابهم المقر الاقرار ولم يبين سببا بان قال على الحمل فلانة كذا لغا

اما في صورة التفسير بغير الصالح فلما ذكرنا وهذا بالاجماع واما في صورة الابهام فلا يصح عند ابي يوسف وصح عند محمد لان
الاقرار اذا صدر من اهله مضافا الى محله كما هو المفروض كان حجة يجب العمل بها وقد امكن اضافته الى المحل بحمله على السبب
الصالح حملا لكلام العاقل على الصحة كالعبد المأذون له اذا اقر بدين فان اقراره وان احتمل الفساد بكونه مهرا او
دين كفالة والصحة بكونه من التجارة كان صحيحا تصحيحا لكلام العاقل ولابي يوسف ان مطلق الاقرار ينصرف
الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون له واحد المتفاوضين عليه فاخذ به الشريك الآخر والعبد
في حال رقه فيصير بدلالة العرف كالتصريح به كذا في العناية وان اقر بقرض او غصب او وديعة او عارية قائمة
او مستهلكة بشرط الخيار في اقراره ثلاثة ايام نحو ان يقول لفلان علي كذا على اني بالخيار ثلاثة ايام لزمه الحال
لوجود الصيغة الملزمة مثل علي او عندي وبطل الشرط اي شرط الخيار فانه للفسخ الذي لا يكون الا في الانشاء والاقرار
اخبار وقال في الاختيار الاقرار ملزم للحال حتى لو اقر بدين او عين على انه بالخيار ثلاثة ايام لزم الحال وبطل الخيار وان صدقه
المقر له في الخيار لان حكمه ظهور الحق وهو لا يحتمل الفسخ فرع عين في يد رجل فاقر به لرجل ولم يكن بينهما بيع ولا سبب
من اسباب الملك قال الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل صح اقراره حكما ولا يحل للمقر له وان اراد المقر بهذا الاقرار
تمليكا مبتدأ فقال لا يملكه لان الاقرار بالملك اخبار وليس بتمليك رجل قال في صحته جميع ما دخل منزلي لامرأتي بهذه
ثم مات صح اقراره قضاء فان علمت المرأة بسبب من اسباب الملك من بيع او هبة كان لها ذلك والا فبنفس الاقرار
لا تملك رجل قال جميع ما يعرف لي او جميع ما ينسب الي فهو لفلان قال ابو بكر الاسكاف هذا اقرار ولو قال جميع مالي او
جميع ما املكه لفلان فهو هبة لا يجوز الا بالتسليم ولا يجبر على ذلك ولو قال جميع ما في بيتي لفلان كان اقرارا ولو قال جميع ما في
بيتي بعته لفلان جاز البيع ولو قال جميع ما املكه بعته من فلان كان البيع فاسدا رجل نسب زنبيلا لرجل بمعاينة الشهود
فقيل له في ذلك فقال وقعت فيها فارة وماتت فالقول قوله لانه ينكر الضمان والذي لم يسمع للشهود ان يشهدوا
على الغصب وللسامعين ان يشهدوا على انه ليس بنجس فلو عمد الى رجل يطوف في السوق باللحم فاستهلك لحمه ثم
قال هو ميتة لا يصدق وللشهود ان يشهدوا على كونه ذكية بحكم الحال وقعت المسئلة واختلفت الائمة فيها قال الامام
انه لا يضمن قلت له هذا يشكل بمسئلة الاستحسان رجل قتل رجلا فلما طلب منه القصاص قال ارتد فانه لا يسمع قال لو
صدقناه في ذلك لادى الى فتح باب العدوان لان العداوة بين الناس متحققة وامر الدم عظيم بخلاف المال وكذا لو
قال قتلته لانه قتل ابي لا يسمع ذلك منه وفي المنتقى رجل له امة اقر انه وطئها فاشتراها ابوه لم يحل له وطؤها ولو اقر بعد ما اشتراها
الاب او الابن لم يصدق قياسا ويصدق استحسانا ان كان مأمونا عليه الاقرار والابراء لا يحتاجان الى القبول ويرتدان
بالرد لان لكل احد ولاية على نفسه وليس لغيره ان يمنعه فللمقر له ان لا يقبل صيانة لنفسه عن المنة كذا في الخلاصة باب
الاستثناء وما في معناه لما ذكر موجب الاقرار بلا تغيير شرع في بيان موجبه مع المغير وهو الاستثناء وما في معناه
في كونه مغيرا كالشرط والاستثناء من الشيء وهو الصرف وهو متصل وهو الاخراج والتكلم بالباقي ومنفصل وهو ما لا يصح
اخراجه صح استثناء بعض ما اقر به او كثيره فلو قال له علي الف درهم الا درهما لزمه تسعمائة وتسعة وتسعون ولو قال
الا تسعمائة وخمسين لزمه خمسون وهذا قول الاكثر ايضا ويبطل ذلك ورد النص لو متصلا ولزمه بالقيد اشتراط
الاتصال فانه قول عامة العلماء ونقل عن ابن عباس جواز التأخير وقد مر في الايمان وقال الفراء استثناء الاكثر
لا يجوز لان العرب لم يتكلم بذلك واما لزوم الباقي فلان الاستثناء مع الصدر عبارة عن الباقي لان معنى قوله له
علي عشرة الا درهم معنى قوله له علي تسعة لما عرف في الاصول وبطل استثناء الكل لانه رجوع لما عرفت ان الاستثناء

تكلم

تكلم بالباقي بعد الثنيا ولا باقي فلا يكون استثناء والرجوع عن الاقرار لا يصح موصولا كان او مفصولا فان استثنى
الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء وهذا اذا كان الاستثناء بعين ذلك اللفظ كما اذا قال عبيدي احرار الا عبيدي
او نسائي طوالق الا نسائي واما اذا كان بغير ذلك اللفظ كما لو قال في الاول الا سالم وبلال وسلمان وفي الثاني
الا عمرة وزينب وسعاد حتى اتى الكل صح وتحقيقه في الاصول وان اقر بشيئين واستثنى احدهما او احدهما
وبعض الآخر بطل الاستثناء وصورته اذا قال له علي كر حنطة وكر شعير الا كر حنطة او قال الا كر حنطة وقفيز شعير فهذا
باطل عند ابي حنيفة خلافا لهما فلا يصح استثناء القفيز وهو نظير اختلافهم في قوله انت حر وحر ان شاء الله وانت
طالق ثلاثا وثلاثا ان شاء الله فانه يبطل الاستثناء عنده ويقع العتاق والطلاق وعندهما الاستثناء صحيح لانه
كلام متصل لان قوله الا كر حنطة استثناء صحيح لفظا الا انه غير مفيد واذا كان كلاما متصلا كان استثناء القفيز متصلا
فيصح وله ان استثناء الكر باطل بالاجماع فكان لغوا فكان قاطعا للكلام الاول فيكون الاستثناء منقطعا كذا
قوله وحر ثلاثا لغو لا حاجة اليه وان استثنى بعض احدهما او بعض كل واحد منهما بان قال في الاول له علي كر حنطة
وكر شعير الا قفيز حنطة او قفيز شعير صح الاستثناء اتفاقا لعدم تخلل القاطع وبان قال في الثاني له علي كر حنطة وكر شعير
الا قفيز حنطة وقفيز شعير لان قوله الا قفيز حنطة صحيح مفيد فلا يكون قاطعا فيصح العطف عليه ويلزمه كر حنطة وكر شعير الا قفيز
حنطة وقفيز شعير كذا في الاختيار ولو استثنى كيليا من دراهم بان قال له علي مائة درهم الا قفيز حنطة او استثنى
وزنيا من دراهم بان قال له علي مائة درهم الا جوزا او بيضة فقوله من دراهم متعلق بالمسائل الثلاث صح بالقيمة
عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد فانه يقول لا يصح في الكل ولو استثنى منها اي من الدراهم شاة او ثوبا او دارا
بطل اتفاقا خلافا للشافعي رحمه الله ولو قال له علي مائة درهم الا ثوبا لم يصح عندنا خلافا للشافعي لمحمد ان
الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وذلك لا يتحقق في خلاف الجنس وهذا هو القياس ولهما ان الشرط
اتحاد الجنس وهو موجود من حيث المالية فانتفى المانع بعد تحقق المقتضي وهو التصرف اللفظي ولابي حنيفة وابي يوسف
ان شرط الاستثناء المتصل المجانسة وهي في المقدرات ثابتة وتحقيقه ان عدم تناول الدراهم غيرها لفظا لا يرتاب
فيه احد وانما الكلام في تناولها اياه حكما فقلنا يتناول ما كان على اخص اوصافها الذي هو الثمنية وهو لا يتغير
في المقدرات والعدديات المتقاربة اما الدنانير فظاهرة واما المقدرات فلانها اثمان باوصافها فانها اذا وصفت
ثبتت في الذمة حالا ومؤجلا وجاز الاستقراض بها واما العدديات المتقاربة فلانها بمنزلة المثلي في قلة التفاوت
وما كان ثمنا صلح مقدرا للداخل تحت المستثنى من الدراهم لحصول المجانسة بينهما باشتراكهما في اخص الاوصاف
فصار تقديره مستثنى من الدراهم بقيمته واما الثوب ونحوه فليس بثمن اصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة
بل يثبت سلما او ما بمعنى السلم كالبيع بثياب موصوفة وما ليس بثمن لا يصلح مقدرا للدراهم لعدم المجانسة
فبقي الاستثناء من الدراهم مجهولا وجهالة المستثنى توجب جهالة المستثنى منه فلا يصح الاستثناء ومن وصل اقراره
ان شاء الله بطل اقراره يعني من قال لفلان علي مائة درهم ان شاء الله بطل الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله
اما ابطال كما هو مذهب ابي يوسف او تعليق كما هو مذهب محمد وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا قدم المشيئة فقال
ان شاء الله انت طالق عند ابي يوسف لا يقع الطلاق وعند محمد يقع لانه تعليق واذا قدم الشرط ولم يذكر
حرف الجزاء لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرط فوقع وكيف ما كان لم يلزمه الاقرار لانه ان كان الاول فقد ابطل
وان كان الثاني فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط لان الاقرار اخبار عما سبق والتعليق انما

يكون بالنسبة الى المستقبل وبينهما منافاة واما لانه شرط لا يوقف عليه والتعليق به غير صحيح وقد تقدم في الطلاق
بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا مت او اذا جاء راس الشهر او اذا افطر الناس لانه ليس بتعليق
بل هو بيان المدة فيكون ذلك منه دعوى الاجل الى الوقت المذكور حتى لو كذبه المقر له في الاجل كان المال حالا
عندنا كذا في العناية وكذا يبطل ان علقه بمشيئة من لا يعرف مشيئته كالملائكة والجن لان الاصل براءة الذمم فلا يثبت
بالشك ولو قال ان شاء فلان فشاء فلان لا يلزمه شيء لان مشيئة فلان لا توجب الملك وكذلك ان جاء المطر او هبت
الريح او كان كذا لما بينا ذكره في الاختيار ولو اقر بدار واستثنى بناءها كانا اي الدار والبناء للمقر له لان البناء لم
يتناوله لفظ الدار مقصودا والاستثناء لبيان ان المستثنى من متناول لفظ المستثنى منه مقصودا ولم يدخل تحته
فالبناء لا يكون مستثنى اما ان لفظ الدار لا يتناول البناء مقصودا فلانه يدخل فيه تبعا ولهذا لو استحق البناء قبل
القبض لا يسقط شيء من الثمن بمقابلته بل يتخير المشتري واما ان الاستثناء لبيان ذلك فلانه تصرف لفظي كما
تقدم ولو قال هذه الدار لفلان الا ثلثها او الا بيتا منها فهو كما قال لان ذلك داخل فيه لفظا ومقصودا حتى لو استحق
البيت في بيع الدار سقط حصته من الثمن ولو قال هذه الدار لفلان وهذا البيت لي كان الكل للمقر له لانه اقر بكلها
ثم ادعى شيئا منها بعد ذلك فلا يصدق الا بحجة ولو قال بناؤها لي والعرصة له كان كما قال لان العرصة عبارة عن
بقعة لا بناء فيها فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان والبناء لا يتبعها بخلاف ما اذا قال بناء هذه الدار
لي والارض لفلان حيث كانا للمقر له لان الاقرار بالارض لاصالتها اقرار بالبناء كالاقرار بالدار وفص الخاتم ونخل
البستان كبنائها اي كبناء الدار في كونهما من متناول اللفظ تبعا لا لفظا حتى لم يصح استثناؤهما ايضا ولو قال
له علي الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فان عينه اي ان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له سلم وان شئت او
سلم العبد وخذ الالف ان شئت والا فلا شيء لك فان سلم لزمه الالف لانهما تصادقا والثابت بالتصادق
كالثابت معاينة وان قال المقر له العبد عبدك ما بعتكه وانما بعتك عبدا غيره وسلمته اليك ففيه المال لازم على
المقر لاقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم ولا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود كما لو قال لك علي الف
درهم غصبته منك وقال الآخر لا بل استقرضت مني ولا تفاوت في هذا بين ان يكون العبد في يد المقر او المقر له واما
ان قال المقر له العبد عبدي ما بعتكه ففيه لا يلزم المقر شيء لان المقر ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد فاذا لم يسلم له العبد
لا يسلم للمقر له بدله وفي هذا ايضا لا تفاوت بين كون العبد في يد المقر او يد المقر له فانه اذا كان في يد المقر ياخذ
العبد فلو قال مع انكار العبد انما بعتك غيره يدعي لزوم المال ببيع عبد آخر تحالفا وان لم يعينه اي المقر العبد لزمه الالف
ولغا قوله لم اقبضه يعني لا يصدق المقر في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة وصل او فصل لان اقراره صحيح والرجوع
بعد ذلك باطل وقالا المقر له اما ان يصدق المقر في الجهة او لا فان صدقه فالقول للمقر في عدم القبض وان كذبه فالمقر
اما ان وصل بقوله لم اقبضه او فصل فان وصل فالقول له وان فصل لم يصدق ولو قال له علي الف
درهم من ثمن خمر او من ثمن خنزير لا يصدق فيلزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة وصل او فصل اذا لم يصدقه
المقر له لانه رجوع لانه اقر بوجوب الثمن ثم زعم انه لم يكن واجبا عليه لان ثمن الخمر لا يجب على المسلم فكان رجوعا وعندهما
ان وصل صدق فلا يلزمه شيء لانه بين باخر كلامه انه ما اراد به الايجاب لان الخمر قد يجري فيه الشح والفسق
فعتاد الفسقة شراءها واداء ثمنها فيحتمل انه بنى اقراره على هذه العادة فكان آخر كلامه بيانا مغيرا فيصح
موصولا فصار كما اذا قال ان شاء الله والجواب ان ذلك تعليق لان صيغته وضعت له والتعليق بين اهل

اللسان متعارف كالارسال فكان من باب البيان ووجوب المال عليه من حكم الارسال في صيغة التعليق لا يلزم
حكم الارسال وبهذا ابطال لا ابطال رجوع لبعد الاقرار غير صحيح موصولا او مفصولا وان قال له علي الف من ثمن
متاع او اقرضني الفا ثم قال هي زيوف او نبهرجة من تفسيرها في كتاب القضاء لزمه الجياد عند ابي حنيفة وقالا
يلزمه ما قال ان وصل لهما انه بيان مغير لان اسم الدراهم اذا اطلق ينصرف الى الجياد لكنه يحتمل الزيوف بحقيقته
حتى لو تجوز به في الصرف والسلم كان استيفاء لا استبدالا فامكن ان يتوقف صدر الكلام على عجزه فاذا ذكر في آخره
كان بيان تغيير فيصح موصولا كالشرط والاستثناء فصار كما اذا قال الا انها وزن خمسة وله انه رجوع
لان مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب والزيافة عيب فلم يكن داخلا تحت العقد فيكون دعواه بيانا بل
يكون رجوعا عن بعض موجبه فصار كما اذا قال بعتك معيبا وقال المشتري سليما كان القول للمشتري لما بينا
ان مطلق العقد يقتضي السلامة قال في الهداية وعن ابي حنيفة في غير رواية الاصول في القرض انه يصدق
في الزيوف اذا وصل لان المستقرض انما يصير مضمونا على المستقرض بالقبض فالقرض يوجب مثل المقبوض
والمقبوض قد يكون زيفا كما في الغصب وجه الظاهر ان التعامل بالجياد فالجياد هي المتعارفة والمطلق ينصرف
الى التعامل والمراد بالاصول الجامعان والزيادات والمبسوط ويعبر عنها بظاهر الرواية وعن الامالي
والنوادر والرقيات والهارونيات والكيسانيات بغير ظاهر الرواية ولو قال لفلان علي الف درهم
زيوف ولم يبين الجهة بانها من بيع او قرض قال الفقيه ابو جعفر لم يذكر هذا في الاصول فمن المشايخ من قال
يصدق بالاجماع اذا وصل لان اسم الدراهم يتناولها ولم يذكر ما يصرفها الى الجياد وقال الكرخي هو على
الخلاف لا يصدق عنده مطلقا لان مطلق الاقرار ينصرف الى العقود لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك
المحرم فصار بهذا وما هي سببه تجارة سواء ولو قال غصبت منه الفا او قال اودعني الفا ثم قال هي زيوف
او نبهرجة صدق لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا التعامل في غصب
الجياد ولا في ايداعها بخلاف الاستقراض فان التعامل فيه بالجياد كما مر فيكون بيان النوع فيصح وان كان
مفصولا ولو قال هي ستوقة او رصاص فان وصل صدق والا فلا لانها ليست من جنس الاثمان فلم يكونا
من محتملات العقد حقيقة فكان دعواهما رجوعا لا بيانا ولها مجازا فلذلك يشترط الوصل ولو قال غصبت
ثوبا وجاء بمعيب صدق لان الغصب لا يقتضي السلامة فيصدق بيمينه ان لم يثبت الخصم سلامته
ولو قال يعني في كل ما ذكر من البيع والقرض والغصب له علي الف الا انه ينقص مائة صدق ان وصل والا اي
وان لم يفصل لزم الالف لانه استثناء مقدار وقد عرفت انه يجوز متصلا لا منفصلا ولو كان الفصل ضرورة
انقطاع الكلام فهو وصل لان الانسان قد يحتاج الى التكلم بكلام كثير ويذكر الاستثناء في آخره ولا يمكن ان يتكلم
ذلك بنفس واحد فكان عفوا لعدم امكان الاحتراز عنه ولو تكلم بما يدل على فعل نفسه لكن اتى بما لا يوجب الضمان
بان قال اخذت منك الفا وديعة فهلك فان صدقه المقر له فذاك وان كذبه فان ادعى ما يدل على الاذن
بالاخذ كالقرض فالقول للمقر مع يمينه وان ادعى غيره بان قال المقر له اخذتها غصبا ضمن المقر لانهما في الاولى
توافقا على ان الاخذ كان بالاذن والمقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكر فكان القول قوله
بخلاف الثانية ولو تكلم المقر بما يدل على فعل غيره بان بدل قوله اخذت اعطيتني وديعة وادعى المقر له
غصبا لا يضمن المقر والفرق انه في الاول اقر بسبب الضمان وادعى ما يبرئه وانكره الخصم فكان القول قوله

قال من غصب او وديعة هي زيوف او نبهرجة صدق

وفي الثاني ادعى الخصم سبب الضمان وهو الغصب وهو المنكر فالقول قوله الكل من العناية ولو قال غصبت هذا الشئ من زيد لا بل من عمرو فهو لزيد وعليه اى على المقر قيمته اى قيمة الشئ لعمرو لان قوله من زيد اقرار له ثم قوله لا رجوع عنه فلا يقبل وقوله بل من عمرو اقرار منه لعمرو وقد استهلكه بالاقرار لزيد فتجب عليه قيمته لعمرو ولو قال له على الف لا بل الفان يلزمه الفان استحسانا وفي القياس يلزمه ثلاثة آلاف وهو قول زفر ولو قال غصبته عبدا اسود لا بل ابيض لزمه عبد ابيض ولو قال غصبته ثوبا هرويا لا بل مرويا لزماه وكذا لو قال له على كر حنطة لا بل شعير لزماه ولو قال له على الف لا بل الفان لزمه المالان ولو قال له على الف لا بل خمسمائة لزمه الالف والاصل في ذلك ان لا بل متى تخللت بين المالين من جنسين لزماه وكذلك من جنس واحد اذا كان المقر له اثنين وان كان واحدا والجنس واحد لزمه اكثر المالين لان لا بل لاستدراك الغلط والغلط انما يقع غالبا في جنس واحد الا انه اذا كان لرجلين كان رجوعا عن الاول فلا يقبل ويثبت للثاني لاقراره الثاني واذا كان الاقرار الثاني اكثر صح الاستدراك ويصدقه المقر له وان كان اقل كان متهما في الاستدراك وكان المقر له لا يصدقه فيلزمه الاكثر وجه قول زفر انه اقر بالف فيلزمه وقوله لا رجوع فلا يصدق فيه ثم اقر بالفين فصح الاقرار وصار كقوله انت طالق واحدة لا بل ثنتين وجوابه ان الاقرار اخبار يجري فيه الغلط فيجري فيه الاستدراك فيلزمه الاكثر والطلاق انشاء فلا يملك ابطال ما انشأ فافترقا كذا في الاختيار ولو قال هذا كان لي وديعة عندك فاخذته وقال الآخر هو لي دفعه اليه اى الى المقر له لانه اقر باليد له ثم ادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر وان قال آجرت فرسي هذا او ثوبي هذا فلانا فركبه ولبسه ورده على او اعرتها واسكنته داري ثم ردها علي صدق المقر عند ابي حنيفة وعندهما القول قول المأخوذ منه ولو قال خاط ثوبي هذا بكذا ثم قبضته منه وادعاه الآخر فعلى هذا الخلاف في الصحيح قولهما وهو القياس ووجهه ما ذكر في الوديعة ووجه الاستحسان وهو الفرق ان اليد في الاجارة ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فيكون عدما فيما وراء الضرورة فلا يكون اقرارا باليد مطلقا بخلاف الوديعة لان اليد فيها مقصودة والايداع اثبات اليد قصدا فيكون الاقرار به اعترافا باليد للمودع وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعضهم ان القول ههنا قوله بالاجماع فيكون ذلك دليلا لابي حنيفة ولو قال اقتضيت من فلان الفا كانت لي عليه او اقرضته ثم اخذتها منه وانكر فلان فالقول له اى لفلان المقر له لان الديون تقضى بامثالها وذلك معلوم فاذا اقر باقتضاء الدين فقد اقر بقبض مثل الدين لان الاقتضاء انما يكون بقبض مال مضمون اقرار بسبب الضمان ثم ادعى تملك ما اقر بقبضه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكر اما في صورة الاجارة واخويها فالمقبوض عين ما ادعى عليه فيها الاجارة وما اشبهها فافترقا ولو قال زرع فلان هذا الزرع او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم لي استعنت به فيه وذلك كله في يد المقر وادعى فلان ذلك المذكور فالقول للمقر لانه ما اقر له باليد انما اقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك في يد المقر وصار كما اذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن اقرارا باليد وقد يكون القول للمقر لانه اقر بفعل منه وقد يخيط ثوبا في يد المقر كذا ههنا اقر رجل لرجل بالدين فاقر المقر له ان الدين لفلان وصدقه فلان صح اقراره ويكون حق القبض للاول دون الثاني ولو ادى الى الثاني يبرأ رجل في يده دار اقر انها لفلان لا حق لي فيها وقال المقر له ما كانت لي قط ولكنها لفلان وصدقه فلان فهي للثاني رجل قضى القاضي له بدار في يد رجل فقال بعد القضاء ما كان لي فيها حق لكنها لفلان وصدقه فلان انها ما كانت للمقضي له قط لا يكون للمقر له رجل قال استوفيت جميع مالي على الناس من الدين لا يصح

اقراره

اقراره وكذا لو قال ابرأت جميع غرمائي لا يصح الا ان يقول قبل فلان وهم يحصون فحينئذ يصح اقراره وبراءته كذا في قاضي خان

باب اقرار المريض

دين صحته اى الدين الذي حصل حال الصحة للمريض مرض الموت سواء علم بسبب او علم باقراره حال الصحة وما اى الدين الذي حصل للمريض في حال مرضه مرض الموت بسبب في المرض مما ليس من التبرعات معروف بالمشاهدة لا باقراره في مرضه وذلك السبب المعروف كما اذا اشترى شيئا وقبض المبيع وقد رآه القاضي والناس او استقرض شيئا وقبضه كذلك او استأجر شيئا او استهلك مالا لانسان او تزوج امرأة بمهر مثلها كذلك سواء في الدرجة فلا يرجح احدهما في القضاء على الآخر وكلاهما يقدمان في القضاء على ما اى على دين ثالث اقر به المريض ولو غنيا في يده في مرضه لانه يبدأ بالاقوى فالاقوى وقال الشافعي دين الصحة ودين المرض سواء كان بسبب معلوم او لا يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن الاهل اذ الفرض فيه المضاف الى محله وهو الذمة القابلة للحقوق فصار كانشاء تصرف مبايعة ومناكحة وانما يفرض لوصف العقل والدين لانهما المانعان عن الكذب في الاخبار عن الواجب في ذمته ولا تفاوت في ذلك بين صحة المقر ومرضه ولنا ان الاقرار غير معتبر اذا تضمن ابطال حق الغير واقرار المريض يتضمنه لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة اصلا اذا احاطت الديون بماله وبالزيادة على الثلث اذا لم يكن عليه دين بخلاف النكاح فانه من الحوائج الاصلية والمرء غير ممنوع عن الحوائج الاصلية وان كان ثمة دين الصحة كالصرف الى ثمن الادوية والاغذية واما الزيادة على مهر المثل فباطل وان النكاح جائز وبخلاف المبايعة لانها بمثل القيمة لا تبطل حق الغرماء لانه تعلق بالمالية لا بالصورة والمالية باقية وفي حال الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير وحالة المرض حالة العجز عن الاكتساب فيتعلق حقهم به حذرا عن التوى وحالتا المرض حالة واحدة على معنى ان اوله وآخره بعد اتصال الموت به حالة واحدة لانه حالة الحجر فكانا بمنزلة اقرار واحد كحالتي الصحة فيعتبر الاقراران جميعا بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة عجز فافترقا فيمنع تعلق حق غرماء الصحة بماله عن اقراره في حالة المرض وانما تقدم المعروفة الاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها اذ المعاين لا مرد له فيقدم على المقر به ويصير مثل دين الصحة لا يقدم احدهما على الآخر لما بينا انه من الحوائج الاصلية يعني في النكاح ولا تهمة في ثبوته في غيره والكل يعني دين الصحة مطلقا ودين المرض الثابت بلا اقرار ودين المرض الثابت به مقدم على الارث وان استوعب جميع ماله لان قضاء الدين من الحوائج الاصلية لانه به رفع الحائل بينه وبين الجنة وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ عن الحاجة ولهذا يقدم تجهيزه وتكفينه ولا يصح تخصيصه غريما بقضاء دينه يعني لا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون بعض سواء كانوا غرماء الصحة او المرض او مختلطين لان في ذلك ابطال حق الباقين فان فعل ذلك لم يسلم المقبوض للقابض بل يكون بين الغرماء بالحصص عندنا وقال الشافعي يسلم له ذلك لان المريض ناظر لنفسه فيما يصنع فربما يقضي من يخاف ان لا يسامحه بالابراء بعد موته ويخاصمه في الآخرة والتصرف على وجه النظر غير مردود والجواب ان النظر لنفسه انما يصح اذا لم يبطل حق غيره الا اذا قضى في مرضه ما استقرضه في مرضه او نقد ثمن ما اشترى فيه وقد علم ذلك بالبينة او بالمعاينة جاز وسلم المقبوض للقابض لا يشاركه غيره لانه لم يبطل حق الغرماء وانما حوله من محل الى محل يعدله فاذا قضيت الديون المتقدمة بنوعيها وفضل شئ صرف الى ما اقر به في حالة المرض لان الاقرار في ذاته صحيح ومحمول على الصدق في حقه وانما رد في حق غرماء الصحة فاذا لم يبق لهم

حتى ظهر صحته واذا لم يكن عليه ديون في صحته جاز اقراره وان كان بكل المال لعدم تضمنه ابطال حق الغير وكان
المقر له اولى من الورثة لقول عمر رضه اذا اقر المريض بدين جاز ذلك في جميع تركته ولا يصح اقراره لوارثه سواء اقر
بدين او بعين الا ان يصدقه بقية الورثة وقال الش في احد قوليه يصح لانه اظهار لحق ثابت لترجح
جانب الصدق فيه بدلالة الحال والمريض غير ممنوع عن ذلك لكونه سعيا في فكاك رقبته وصار كالاقرار لاجنبي
وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث كما اذا اودع اباه الف درهم بمعاينة الشهود فلما حضره وفاة الاب
قال استهلكتها ومات وانكر بقية الورثة فان اقراره صحيح والالف من تركته للابن المقر له خاصة لان تصرف المريض
انما يرد للتهمة ولا تهمة ههنا الا يرى ان كذبناه فمات وجب الضمان ايضا في تركته لانه مات مجهلا ولنا قوله صلى
الله عليه وسلم لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين فهو نص في الباب لكن يشمل الائمة قال هذه الزيادة يعني ولا
اقرار له بالدين غير مشهورة والمشهور قول عمر رضه وهو ما روي عنه اذا اقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث
فانه جائز وان احاط ذلك بماله وان لوارثه فهو باطل الا ان يصدقه الورثة وبه اخذ علماؤنا لان قول الواحد من
فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس كذا في العناية فرع لو ابرأ المريض غريمه بغير قبض فان ابراء الوارث
لا يصح ابراؤه كان الوارث اصيلا او كفيلا وان ابرأ الاجنبي فان كان الاجنبي كفيلا عن الوارث
صح ابراؤه كانت الكفالة بامره او بغير امره وان ابرأ الاجنبي ووارثه كفيل له لا يصح ابراؤه لان ابراء الاصيل ابراء الكفيل
ولو ان المريض قبض المال عن وارثه الذي عليه دين او من الذي شرع عن الوارث بمعاينة الشهود جاز قبضه
لانتفاء التهمة عن القبض المعاين مريض عليه دين محيط بماله اقر المريض بقبض وديعة او عارية او مضاربة كانت
له عند وارثه صح اقراره لان الوارث لو ادعى رد الامانة الى مورثه المريض وكذبه المورث يقبل قول الوارث مريض
عليه دين محيط بماله وله على رجل دين الصحة فاقر المريض باستيفاء ذلك الدين من غريمه صح اقراره مريض اقر لامرأته بدين
المهر صح اقراره الى مهر المثل وان اقر بمهر الف درهم ثم ماتت الورثة بعد موته ان المرأة وهبت المهر من زوجها في
حال حيوته هبة صحيحة فانه لا تقبل البينة على الهبة اذا كان اقرار الزوج لها بالمهر في مرضه ثانيا مريضة اقرت باستيفاء
مهرها ثم ماتت وهي منكوحة او معتدة لا يصح اقرارها وان لم تكن منكوحة ولا معتدة صح اقرارها ولو قالت في مرضها
لا مهر لي عليه ذكر الخصاف في الحيل انه اقرارها الكل من الخانية وان اقر المريض لاجنبي ثم اقر انه اي الاجنبي ابنه ثبت نسبه
منه يعني ان صادف شرطه بان مجهول النسب وامكن ان يولد مثله لمثله وبطل اقراره بالمال ولو اوصى لها ثم تزوجها
بطلت الوصية لانها تمليك بعد الموت وهي وارثة ح فلا تصح ويصح اقراره لها وعند زفر يبطل هذا الاقرار ايضا للتهمة
ولنا انه اقر وليس بينهما سبب التهمة فلا يبطل بسبب يحدث بعده بخلاف المسئلة الاولى لان دعوة النسب
تستند الى زمان العلوق فيظهر ان البنوة ثابت زمان الاقرار فلا يصح اما الزوجية فيقتصر على زمان التزوج
فلا يظهر ان اقراره كان لزوجته ولو وهبها ثم تزوجها فله الرجوع لان الهبة في المرض وصية حتى لا تنفذ الا من الثلث
فصارت كالوصية ولو اقر بدين لمن طلقها في مرض موته فلها الاقل من ميراثها والدين لقيام التهمة ببقاء العدة
ولا تهمة في الاقل فيثبت كذا في الدرر وان اقر بغلام يعني اقر ببنوة غلام بان قال هذا ابني مجهول النسب في مولده
اذ لو علم نسبه لم يثبت من المقر يولد مثله لمثله اي هما في السن بحيث يولد مثل المقر له للمقر بان يكون الرجل اكبر منه
باثني عشرة سنة ونصف والمرأة اكبر منه بتسع سنين ونصف لئلا يكون مكذبا ظاهرا انه ابنه اي اقر بان هذا
الغلام ابنه وصدقه اي الغلام هذا المقر لان المسئلة في غلام يعبر عن نفسه فلا بد من تصديقه لانه في يد نفسه حتى لو كان

صغيرا

صغيرا لا يعبر لم يعتبر تصديقه ثم اعتبار ذلك الشرط لثبوت نسبه مطلقا فلا حاجة اليه اذا كان مملوكا او حرا لم يعبر عن
نفسه يثبت نسبه اي هذا الغلام منه اي من هذا المقر لتحقق الشروط ولو كان المقر مريضا ويشارك الغلام
بقية الورثة لانه لما ثبت نسبه كان كالوارث المعروف ولا تأثير لانكارهم نسبه وصح اقرار الرجل بالوالدين
والولد والزوجة والمولى يعني مولى العتاقة سواء كان اعلى او اسفل سواء كان اقراره بهؤلاء في حال الصحة
او المرض لانه اقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير فتحقق المقتضي وانتفى المانع فوجب القول بجوازه
وهذا الدليل يدل على صحة اقراره بالام كصحته بالاب وهو رواية تحفة الفقهاء ورواية شرح الفرائض للامام
سراج الدين والمذكور في المبسوط والايضاح وجامع الصغير للامام المحبوبي اقرار الرجل يصح باربعة نفر بالاب
والابن والمرأة ومولى العتاقة قال صاحب النهاية وقد عرفت صحته بدلالة الدليل المذكور كذا في العناية
وشرط تصديق هؤلاء ولا يثبت بمجرد دعواه لما فيه من النظر للمقر له من ثبوت النسب ووجوب النفقة
وغير ذلك الا اذا كان المقر له صغيرا في يد المقر وهو لا يعبر عن نفسه او عبدا فيثبت نسبه بمجرد الاقرار فلو كان
عبدا لغيره يشترط تصديق مولاه ذكره في التبيين وكذا يصح اقرار المرأة بالوالدين والولد والزوج ومولى
العتاقة لما بينا انه اقر بما يلزمه الى آخره لكن شرط في صحة اقرارها بالولد تصديق الزوج يعني لا يصح اقرارها بالولد
لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه قال الله تعالى ادعوهم لآبائهم وعليه الاجماع الا
ان يصدقها الزوج لان الحق له ايضا اي كما شرط تصديق الولد المعبر او شرط شهادة القابلة بالولادة اذ الفرض
ان الفراش قائم فيحتاج الى تعيين الولد وشهادتها في ذلك مقبولة كما مر والتفصيل ان اقرارها بالولد
انما لا يصح اذا كانت ذات زوج واما اذا لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما
على نفسها دون غيرها ولا بد من تصديق هؤلاء والمرأة شرط صحة تصديقها خلوها عن زوج آخر وعدته وان
لا يكون اختها تحت المقر والاربع سواها ثم اذا صح الاقرار بهؤلاء لا يملك الرجوع فيه لما عرفت ان النسب اذا ثبت
لا يبطل بالرجوع وله الرجوع اذا اقر لمن لا يثبت نسبه كقرابته غير الولاد لانه وصية معنى كذا في الاختيار وصح تصديقهم
في النسب بعد موت المقر لانه مما يبقى بعد الموت وكذا تصديق الزوجة بالزوجية بعد موت الزوج المقر بالاتفاق
لان حكم النكاح باق وهو العدة فانها واجبة بعد الموت وهي من آثار النكاح الا يرى انها تغسله بعد الموت لقيام
النكاح الا تصديق الزوج بعد موتها فانه لا يصح عنده لان حكم النكاح انقطع بالموت بفساده بل لان
النكاح انقطع به ولهذا لا يصلح له غسلها وعندهما يصح تصديقه بعد موتها ايضا اي كتصديقها بعد موته لان
الارث من احكام النكاح وهو مما يبقى بعد النكاح كالعدة ولنا ان التصديق مستند الى اول الاقرار والارث معدوم
وانما يثبت بعد الموت فلا يصح التصديق على اعتبار الارث اذ ليس للارث سببية للتصديق بل الامر بالعكس
ولا يصح التصديق باعتبار العدة اذ لا عدة عليه وان اقر بنسب غير الولاد وقال ابن كمال في الاصلاح والايضاح
بنسب على الغير سواء كان من ولاد كابن الابن ذكره الزاهدي في شرح القدوري او في غيره اشهر كالاخ والعم لا يثبت
نسبا لانه لا يصح هذا الاقرار لما فيه من تحميل النسب على الغير ولكن يرثه اي يرث المقر له المقر ان لم يكن له اي للمقر
وارث معروف غير الزوجين فان وجودهما غير مانع فلو كان ذلك الوارث المعروف بعيدا فالحاصل ان في
الارث اما ان يكون له وارث معروف قريبا كان كذوي الفروض والعصبات مطلقا او بعيدا كذوي الارحام
او لا يكون فان كان فهو اولى بالميراث من المقر له لانه لما لم يثبت نسبه لم يزاحم الوارث المعروف وان لم يكن

فتح ولو احاط بالدين لو اقر لاجنبي صح

لم يستحق المقر له ميراثه لانه اقر بشيئين بالنسب وباستحقاق ماله بعده والاول اقرار على غيره وهو غير مسموع والثاني على نفسه وهو مسموع لان له التصرف في مال نفسه عند عدم الغريم والوارث حتى لو اوصى بجميعه استحقه الموصى له عندنا ومن مات ابوه فاقر باخ شاركه في الارث لان الاقرار على نفسه صحيح وعلى الغير غير صحيح ولا يثبت نسبه لما بينا ان فيه تحميل النسب على الغير وهو المشهور عن ابي حنيفة وان كان المقر احد اثنين لم يثبت النسب ايضا والمقر له يشارك المقر في الارث ثم قال ابو حنيفة اذا اقر احد الابنين باخ ثالث وكذبه اخوه المعروف فيه اعطاه المقر نصف ما في يده وقال ابن ابي ليلى يعطيه ثلث ما في يده لان المقر اقر له بثلث شائع في النصفين فينفذ في حصته ويبطل في حصة الاخ ولابي حنيفة ان زعم المقر انه يساويه في الاستحقاق والمنكر ظالم فيجعل ما في يد المنكر كالهالك ويكون الباقي بينهما بالسوية ولو كان لابيهما الميت دين على شخص فاقر احدهما بقبض ابيه نصفه وكذبه الابن الآخر فالنصف الباقي للآخر وهو المنكر ولا شيء للمقر وهذا ايضا بناء على ما مر من الاقرار على نفسه وعلى غيره وهو الاخ والميت فيصح على نفسه ولا يصح عليهما ويحلف الاخ بالله ما يعلم ان اباه قبض الدين ولا شيئا منه ولان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون على ما مر ان الديون تقضى بامثالها واقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصته فاذا كذبه اخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا خلافا لابن ابي ليلى كما ذكرنا آنفا فرع اذا توفي الرجل فادعى انسان عليه حقا او شيئا مما كان في يده من دار او ضيعة او غلام او عروض او ادعى عليه دينا فاقر الوارث بذلك لزمه ذلك في حصته حتى يستغرق جميع حصته لانه اقر على نفسه فيصح والورثة الباقون على حقوقهم لانه لا يصح اقراره عليهم هكذا ذكره الصدر الشهيد وزاد شمس الائمة الحلواني فيها زيادة يحتاج اليها ولم يشترطها في شيء من الكتب سواه وهو ان يقضي القاضي على هذا الوارث وانما يظهر هذه المسئلة ذكرها في الزيادات وهي ان احد الورثة اذا اقر بالدين ثم شهد هو ورجل آخر على ان الدين كان على الميت فانه يقبل شهادة هذا المقر لو كان الدين يحل في نصيبه بمجرد اقراره لكان لا تقبل شهادته لما فيها من دفع المغرم قال وينبغي ان تحفظ هذه الزيادة فان فيها فائدة عظيمة ذكر قاضي خان في باب اليمين من الدعوى رجل مات فاحضر ابنه رجل وادعى انه كان له على ابيه الف درهم وقد توفي قبل قضائها فانه ينبغي للقاضي ان يسأل المدعى عليه هل مات ابوه فان قال نعم فحينئذ يسأل عن دعوى المال فان اقر الوارث على مورثه صح اقراره وان كذبه بقية الورثة ذكر في الكتاب انه يؤخذ كل الدين من نصيب هذا المقر وان انكر هذا الوارث الدين على ابيه واقام المدعي بينة يقضى بالدين ويستوفى من جميع التركة لا من نصيب هذا الوارث وحده لان القضاء بالبينة على الوارث يكون قضاء على الكل فان اقر هذا الوارث بالدين وكذبه ساير الورثة فلم يقض القاضي باقراره حتى شهد هذا الوارث واجنبي بالدين على الميت جازت شهادتهما ويقضى بالدين ويكون ذلك قضاء على جميع الورثة وان شهد بعد ما قضى القاضي عليه باقراره لا تقبل شهادته ولو لم يقم المدعي البينة واقر به الوارث ففي ظاهر الرواية يستوفى كل الدين من نصيب هذا الوارث وقال الفقيه ابو الليث عندنا انما يستوفى منه قدر نصيبه ولو ان الوارث لم يقر بالدين على مورثه وعجز المدعي عن البينة فانه يحلف الوارث على العلم فان حلف اندفعت الخصومة عنه وان نكل يستوفى الدين من نصيبه في ظاهر الرواية وذكر في دعوى فتاواه الوجه لظاهر الرواية فقال لان الذي صدق المدعي يقر ان الدين مقدم على الميراث ثم قال وقال الفقيه ابو الليث وعندنا يؤخذ من المصدق والناكل ما يخصه من الدين وهو قول الشعبي والحسن البصري ومالك

وابن ابي

وابن ابي ليلى وهذا القول اعدل واحسن وابعد عن الضرر وفي طريقة بعض المشايخ احد الورثة اذا اقر بالدين يؤخذ جميع الدين من نصيبه عندنا ولو اثبت الدين على واحد من الورثة ببينة لا يستوفى الا ما يخصه بالاجماع الكل من التتمة

كتاب الصلح

وقد مر في كتاب الاقرار وجه تعقيبه بالصلح وهو في اللغة اسم للمصالحة وفي الشرع عبارة عن عقد يرفع النزاع بين المدعي والمدعى عليه بالتراضي بالبدلين اي المصالح عنه وعليه وسببه تعلق البقاء المقدر بتعاطيه وشرطه كون المصالح عنه مما يجوز عنه الاعتياض وركنه الايجاب مطلقا والقبول فيما يتعين بالتعيين اما اذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعي فعلت ولا يحتاج فيه الى قبول المدعى عليه لانه اسقاط لبعض الحق وهو يتم بالمسقط بخلاف الاول لانه طلب البيع من غيره ومن طلب البيع من غيره فقال ذلك الغير بعت لا يتم البيع ما لم يقبل الطالب قبلت وحكمه تملك المدعي المصالح عليه منكرا كان الخصم او مقرا ووقوعه للمدعى عليه في المصالح عنه ان كان مما يحتمل التملك والبراءة له في غيره ان كان مقرا وان كان منكرا فحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي احتمل المصالح عنه التملك او لا وجوازه ومنه وتثبته ثابت بالكتاب والسنة والاثر اما الكتاب فقوله تعالى فاصلحوا بينهما وقوله والصلح خير واما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم كل صلح جائز بين المسلمين الا صلحا حرم حلالا او احل حراما واما الاثر فقول عمر رضي الله عنه ردوا الخصوم كي يصطلحوا كذا في العناية والاختيار وقال اهل الفقه والصلح امر مندوب مفوض الى المتوسطين ولا ينبغي للقاضي ان يباشره بنفسه الا اذا كان وجه القضاء غير مستبين او وقعت الخصومة بين بلدتين او قبيلتين او محرمين فان وقعت بين اجنبيين قضى بينهما كما في الذخيرة انتهى ويجوز الصلح مع اقرار وسكوت وانكار وقال الشافعي لا يجوز مع انكار او سكوت لانه صلح احل حراما وحرم حلالا وذلك غير مشروع بالحديث المروي ولان المدعى عليه يدفع المال لدفع الخصومة وهذه رشوة وهي حرام ولنا ما تلونا من الكتاب واول الحديث المروي وتأويل آخره احل حراما لعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطأ الضرة او لا ينسرى والحمل على ذلك واجب لئلا يبطل العمل به اصلا وذلك لانه لو حمل على الصلح على الاقرار ما صح لكان كالصلح على غيره الا اقرار في البطلان على زعم الخصم لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق فما زاد على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعي قبل الصلح وحرام بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبله وحل بعده فعرفنا ان المراد ما كان حلالا او حراما لعينه ثم ان المدعي يأخذه في زعمه عوضا عن حقه وذلك مشروع والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا ايضا مشروع اذ المال وقاية الانفس ودفع الظلم عن نفسه بالرشوة امر جائز لا يقال الا نسلم الجواز لقوله عليه السلام لعن الراشي والمرتشي وهو عام لانه محمول على ما اذا كان على صاحب الحق ضرر محض في امر غير مشروع كما اذا دفع الرشوة حتى اخرج الوالي احد الورثة عن الارث واما اذا دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه فجائز للدافع كما في احكام القرآن للرازي كذا في العناية وقد ذكرنا افراده باحكامها في كتاب القضاء فتذكر قال ابو حنيفة اجوز ما يكون الصلح عن انكار لان الحاجة الى جوازه امس لان الصلح لقطع المنازعات واطفاء النائرات وهو في الصلح عن انكار ابلغ والحاجة اشد في تجويز المعاقدات ففي ابطاله فتح باب المنازعات كذا في الاختيار والنظم وعن ابي منصور الماتريدي ان الشيطان لم يعمل في ايقاع العداوة والبغضاء في بني آدم مثل ما عمل في ابطال الصلح على الانكار كما في النهاية فالاول اي الصلح مع الاقرار كبيع ان وقع الصلح عن مال بمال لوجود معنى البيع وهو مبادلة مال بمال بتراضيهما والعبرة للمعاني فاعتبر فيه ما اعتبر في البيع فيثبت فيه اي في الصلح مع الاقرار الشفعة اذا كان احد البدلين عقارا وان كان مما لا يتعين ما وقع عليه مثليا اخذه الشفيع بمثله من ذي اليد وان

كان قيميا اخذه بقيمته بخلاف ما اذا كان البدلان عقارا فانه لا شفعة في واحد منهما لانهما ملك المدعي بالاقرار كما
في شرح الطحاوي كذا في القهستاني ويثبت فيه الرد بالعيب وخيار الرؤية وخيار الشرط يعني يثبت تلك الخيارات
لكل منهما ويفسده جهالة البدل وهو المصالح عليه لانها تفضي الى المنازعة لا يفسده جهالة المصالح عنه لانه يسقط
والساقط لا يفضي اليها وهذا ليس على اطلاقه بل فيه تفصيل وهو ان الصلح باعتبار بدليه على اربعة اوجه اما ان يكون
عن معلوم على معلوم وهو جائز لا محالة واما ان يكون عن مجهول على مجهول فان لم يحتج فيه الى التسليم والتسلم
مثل ان يدعي حقا في دار رجل وادعى المدعى عليه حقا في ارض بيد المدعي فاصطلحا على ترك الدعوى جاز وان احتيج
اليه وقد اصطلحا على ان يدفع احدهما مالا ولم يبينه على ان يترك الآخر دعواه او على ان يسلم اليه ما ادعاه لم يجز
واما ان يكون عن مجهول على معلوم وقد احتيج فيه الى التسليم كما لو ادعى حقا في دار في يد رجل ولم يسمه فاصطلحا
على ان يعطيه المدعي مالا معلوما ليسلم المدعى عليه الى المدعي ما ادعاه وهو لا يجوز وان لم يحتج فيها الى التسليم كما اذا
اصطلحا في هذه الصورة على ان يترك المدعي دعواه جاز والاصل في ذلك كله ان الجهالة المفضية الى المنازعة المانعة
عن التسليم والتسلم المفسدة فما لا يجب فيه التسليم والتسلم جاز وما وجبا فيه لم يجز مع الجهالة لان القدرة على
تسليم البدل شرط كما صرح به المصنف بقوله وشرط القدرة على تسليم البدل لكونه في معنى البيع قال في الاختيار ولو
ادعى عبدا فصالحه على غلته شهرا لم يجز وعلى خدمته شهرا يجوز لانها معلومة والغلة مجهولة غير مقدورة التسليم
لا تجب الا بعد الاجارة والعمل انتهى فان وقع عن اقرار ثم استحق بعض المصالح عنه يعني استحق بالبينة بعض المدعي
في يد المدعى عليه او كله رجع المدعى عليه على المدعي بكل البدل او بعضه هكذا في النسخ التي عندنا لكن المناسب
لما قبله ان يقول ببعض البدل او بكله على اللف والنشر المرتب فان استحق بعض البدل او كله رجع المدعي على المدعى
عليه بكل المصالح عنه او ببعضه ولا يخفى ان المناسب ههنا ايضا ان يقول ببعض المصالح عنه او بكله يدل على ذلك
عبارة المختار حيث قال في بيان احكام الصلح مع الاقرار فان استحق فيه بعض المصالح عنه رد حصته من العوض
وان استحق الجميع رد الجميع وان استحق كل المصالح عليه رجع بكل المصالح عنه وفي البعض بحصته انتهى وهكذا في
مجمع البحرين والهداية وذلك لان الصلح مع الاقرار كالبيع وحكم البيع كذلك كذا في الاختيار وقد حمل عبارة المصنف
على ظاهرها فيكون النشر حينئذ من قبيل معكوس الترتيب وفيه ان هذا مع كونه خلاف المتبادر لا يوافق
المتون الذي يؤخذ منها هذا الكتاب كما نقلنا واما اذا حمل او على التخيير حتى يكون المعنى يرجع في كل من الصورتين
بالكل او البعض فيرد عليه امران الاول انه لا وجه للرجوع بالبعض عند استحقاق الكل والثاني ان التخيير انما يتحقق
فيما اذا كان التبعيض عيبا فيلزم ان يبقى امر مسئلة لا يكون التبعيض فيها عيبا مهملا مع كثرة افرادها والعلم
عند الله فان وقع الصلح مع الاقرار عن مال بمنفعة اعتبر اجارة لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال
فكل منفعة يجوز استحقاقها بعقد الاجارة يجوز استحقاقها بعقد الصلح فاذا صالح على سكنى بيت بعينه
الى مدة معلومة جاز وان قال ابدا او حتى يموت لا يجوز فان الاعتبار في العقود للمعاني كالهبة بشرط العوض
فانها بيع معنى والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة فيشترط فيه اي في
الصلح عن مال بمنفعة التوقيت اي تعيين مدة الانتفاع ويبطل هذا الصلح بموت احدهما في المدة كالاجارة
فلو كان المدعي لم يستوف شيئا من المنفعة رجع على دعواه وان استوفى بعضها سلم حصتها من المتنازع فيه
للمدعى عليه والباقي مشترك بينهما وهذا كله عند محمد واما عند ابي يوسف فلا يبطل بموت احدهما فلو مات المدعي

عليه استوفى

عليه استوفى المدعي جميع المنفعة كما في حيوته ولو مات المدعي قام الوارث مقامه في الانتفاع به ولو هلك محل المنفعة
بطل الصلح بلا خلاف كما لو مات احدهما وقد وقع الصلح على نحو ركوب دابة ولبس ثوب اذ الناس يتفاوتون
فلا يقوم الوارث مقامه كما في المضمرات ولو صالح عن منفعة بمال كان الانكار كالاقرار فلو ادعى ممرا في دار او
مسيلا على سطح او شربا في نهر فاقر او انكر ثم صالحه على شيء معلوم جاز كما في النتف والاخيران اي الصلح بالسكوت
والصلح بالانكار معاوضة في حق المدعي لانه يأخذه عوضا في زعمه وفداء اليمين وقطع النزاع في حق الآخر
اي المدعى عليه فانه زاعم انه لا حق عليه للمدعي ويستثنى منه ما لا يمين عنده كما اذا ادعى نكاح امرأة منكرة له فصالحته
على مال فان هذا الصلح جائز بالاتفاق كما في قضاء الكفاية كذا في القهستاني فلا شفعة في دار صولح عنها مع
احدهما اي مع السكوت او مع الانكار لان المدعى عليه يستبقي الدار على ملكه لا انه يشتريها ويدفع المال لدفع
الخصومة على زعمه والمرء يؤاخذ بما في زعمه ولا يلزمه زعم غيره وتجب الشفعة في دار صولح عليها لان المدعي يأخذها
عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فيلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه كذبه فصار كانه قال اشتريتها
من المدعى عليه وهو ينكر وما استحق من المدعى بفتح العين يعني المصالح عنه بسكوت او انكار بعضا او كلا يرد
المدعي بكسر العين حصته يعني حصة ما استحق من المدعى بعضا او كلا ويرجع المدعي بالكسر بالخصومة فيه اي فيما
استحق لان المدعى عليه انما بذل العوض ليدفع عن نفسه فاذا استحق المتنازع فيه ظهر انه لا خصومة له معه
فبطل عوضه فيرجع بالعوض وفي البعض خلا البعض عن العوض فيرجع بقدره وصار ذلك كالمكفول عنه اذا
دفع المال الى الكفيل على غرض دفعه الى رب الدين ثم دفع بنفسه قبل اداء الكفيل فانه يسترده لعدم اشتماله
على غرضه وما استحق من البدل بعضا او كلا يرجع المدعي الى دعواه في قدره اي في قدر ما استحق من البدل لان
المدعي ما ترك الدعوى الا ليسلم له البدل فاذا لم يسلم له رجع الى دعواه لان المبدل فيه هو الدعوى هذا اذا لم يجر
لفظ البيع في الصلح اما اذا جرى كما اذا ادعى دارا وانكر المدعى عليه ثم صالح عن هذه الدعوى على عبد وقال بعتك
هذا العبد بهذه الدار ثم استحق فان المدعي يرجع على المدعى عليه بما ادعى لا بالدعوى لان اقدام المدعى عليه على البيع اقرار
منه بالحق للمدعي اذ الانسان لا يشتري ملك نفسه فكان حكمه حكم البيع ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة
وهلاك البدل قبل التسليم كاستحقاقه في الفصلين اي في فصلي الاقرار والانكار فان كان عن اقرار رجع
بعد الهلاك الى المدعي وان كان عن انكار رجع بالدعوى ولو صالح على بعض دار انما قال هذا ولم يقل على بعض
المدعي تخصيصا لوضع المسئلة بالعين لان الصلح عن الكل على البعض اذا كان في الدين جائز كما سيأتي بيدهما
كبيت من بيوتها بعينه لا يصح الصلح لان ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه في الباقي وتقبل بينته لانه استوفى
بعض حقه وابرأ عن الباقي والابراء عن العين باطل فكان وجوده وعدمه سواء وذكر شيخ الاسلام انه
لا يسمع دعواه وذكر صاحب النهاية انه ظاهر الرواية ووجهه ان الابراء لاقى عينا ودعوى الابراء على الدعوى
صحيح فان من قال لغيره ابرأتك عن دعوى هذه العين صح ولو ادعاه بعد ذلك لم يسمع وقيد بقوله على
بعض دار يدعيها لان الصلح اذا وقع على بيت معلوم من دار اخرى صح لكونه حينئذ بيعا وكذا لو كان على سكنى
بيت معين من غيرها لكونها اجارة حتى شرط كون المدة معلومة ولو اراد المدعي ان يدعي البقية لم يمكن له
ذلك لوصول كل حقه اليه باعتبار بدله عينا او منفعة وحيلته في تصحيح الصلح اذا كان على بعض دار يدعيها
احد امرين ان يزيد اي المدعى عليه في البدل شيئا كدرهم مثلا ليصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقى او يبرأه من البراءة لا فرالابراء

آخر صح

عن دعوى الباقي اي يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي فان البراءة عن دعوى الاعيان صحيحة وان لم يصح عن الاعيان
كما اذا ابراء بعض الورثة عن نصيبه وذلك مثل ان يقول برئت من دعواي في هذه الدار فانه يصح لمصادفة ابراء
الدعوى وهو صحيح حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء ببينة لم تقبل ولو قال ابرأتك عن دعواي او خصومتي في هذه الدار كان
باطلا وله ان يخاصم فيها بعد ذلك فاعلم ان الفرق بين الابراء والبراءة ان ابرأتك انما يكون ابراء عن الضمان
لا من الدعوى يدل عليه قوله برئت براءة من الدعوى كذا قالوا ونقله صاحب النهاية عن الذخيرة ونقل بعض
الشارحين عن الواقعات في تعليل هذه المسئلة لان قوله ابرأتك عن خصومتي في هذه الدار خطاب للواحد
فله ان يخاصم غيره في ذلك بخلاف قوله برئت لانه اضاف البراءة الى نفسه مطلقا فيكون هو بريئا ويعلم من هذا
التعليل ان قول صاحب الذخيرة وله ان يخاصم فيها بعد ذلك معناه على غير المخاطب وهو ظاهر كذا في العناية

فصل لما فرغ من ذكر مقدمات الصلح وشرايطه ومن ذكر انواعه شرع في بيان ما يجوز الصلح عنه وما لا يجوز يجوز
الصلح عن مصالح عنه مجهول لانه اسقاط ولا يجوز الا على مصالح عليه معلوم لانه تمليك فيؤدي الى المنازعة فلو ادعى
حقا في دار الرجل ولم يسم وادعى المدعى عليه حقا في ارضه فاصطلحا على ان يدفع احدهما مالا الى الآخر لا يجوز
وان اصطلحا على ان يترك كل واحد دعواه جاز لانه لا يحتاج الى التسليم وفي الاول يحتاج اليه كذا في الاختيار فيجوز
الصلح عن دعوى المال سواء كان مغصوبا او وديعة او عارية او رهنا ونحو ذلك وعن دعوى المنفعة المعهودة فلو
اوصى بسكنى دار لرجل ثم مات فادعى الموصى له السكنى فصالحه عن السكنى على سكنى دار اخرى او دراهم مسماة
جاز كما لو اوصى بخدمة عبد معين وهو خارج من الثلث فصالحه الوارث من الخدمة على الدراهم او على خدمة
آخر او على ركوب دابة او لبس ثوب شهرا وانما قلنا بالعهد لانه لو ادعى استيجار عين والمالك ينكر ثم تصالحا
لم يجز كما في المضمرات عن المبسوط كذا في القهستاني الاصل في هذا الفصل ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه
واشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقل بقدر الامكان فاذا كان عن مال بمال كان في معنى البيع كما مر وان
كان عن المنافع كما اذا اوصى بسكنى داره فمات وادعى الموصى له فصالح الورثة على شيء كان في معنى الاجارة
لان المنافع تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح وعن دعوى الجناية في النفس من القتل وما دونها من نحو الشج وقطع
اليد بخلاف الصلح عن حق الشفعة عن مال فانه لا يصح لان حق الشفعة حق التملك وذلك ليس بحق في
المحل قبل التملك فاخذ البدل لاخذ مال في مقابلة ما ليس بشيء ثابت في المحل وذلك رشوة حرام اما في باب القصاص
فالمحل صار مملوكا في حق اقامة الفعل حتى اذا وقع الفعل اتصف بكونه حقا واذا صار المحل مملوكا في حق
اقامة الفعل قبل الفعل ظهر الحق في المحل فملك الاعتياض ثم اذا لم يصح الصلح بطل الشفعة لانه يبطل بالاعراض
والسكوت واما اذا وقع الصلح على اخذ بيت بعينه من الدار بثمن معين فان الصلح مع الشفيع فيه جائز
بخلاف الصلح على بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن فانه لا يصح لان حصته مجهولة لكن لا يبطل شفعته لانه لم
يوجد منه الاعراض عن الاخذ بالشفعة بهذا الصلح كذا في العناية والنهاية عمدا كانت الجناية او خطاء اما الاول
فالنصوص ولقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء فاتباع بالمعروف نزلت عقيب ذكر القصاص ومعناه فمن
عفي له من دم اخيه شيء اي ترك القصاص ورضي بالمال يدل عليه قوله فاتباع بالمعروف واداء اليه باحسان
اي يتبع الطالب المطلوب بما صالحه عليه او بالدية ولا يطلب اكثر من حقه فيؤدي المطلوب الى الطالب ما وجب
عليه من المال من غير مماطلة مروي ذلك عن ابن عباس وغيره رضي الله عنهم وهذا في العمد واما في الخطاء فلان الواجب

هو المال

هو المال فاشبه سائر الديون الا انه لو صالح في العمد على اكثر من الدية جاز لان الواجب القصاص وهو ليس
بمال وفي الخطاء لو صالح على اكثر من الدية لا يجوز لان الواجب المال فالزيادة ربوا وهذا اذا صالحه على نوع من انواع
الدية اما اذا صالحه على نوع آخر كالحنطة والشعير ونحوهما فانه يجوز بالغة ما بلغت لانه من خلاف الواجب فلا ربوا
وكل ما صلح مهرا في النكاح يصلح بدلا في الصلح عن دم العمد وما لا فلا لان كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال فان
صالحه على خمر او خنزير سقط القصاص ولا يجب شيء لان المال ليس من ضرورة الصلح فلما ذكر العوض فيبقى عفوا وفي
الخطاء يجب الدية لانه الموجب الاصلي فمتى فسد العوض رجع اليه كما في النكاح متى فسد يرجع الى مهر المثل لانه
موجب اصلي فلا ينفك عنه النكاح الا بتسمية غيره فاذا عدمت التسمية او فسدت رجع اليه ولا كذلك العمد
ولو صالح عن دم على عفو عن دم آخر جاز كالخلع ولو استحق العبد المصالح عليه رجع بقيمته في العمد وبالدية في الخطاء
ولو وجد عيبا يسيرا رده في الخطاء ولا يرد في العمد الا في الفاحش فيرده ويأخذ قيمته لان الصلح في الخطاء يحتمل
الفسخ لوقوعه عن مال وفي العمد لا يحتمل الفسخ لانه عن القصاص وقد سقط فلا سبيل الى استرداده فيرجع بالقيمة
العوض كالنكاح والخلع الكل من الاختيار وعن دعوى الرق كما اذا ادعى على مجهول النسب انه عبده ثم تصالحا على شيء
معين كما في الكرماني ولو كان الصلح بمال عن دعوى الرق عتقا بمال هذا في حق المدعي وفي حق المدعى عليه يكون لدفع
الخصومة لانه يزعم انه حر الاصل ولهذا لا ولاء له عليه لانكار العبد الا ان يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء كذا في الهداية
وهذا صريح في اختصاص وضع المسئلة بصورة الانكار وما في حكمه من السكوت وذلك لانه اذا اقر بانه عبده يرتفع
النزاع فلا معنى للصلح لقطع النزاع كذا في ايضاح ابن كمال وفي دعوى الزوج النكاح وكان خلعا هذا بناء على الاصل
المار ان الصلح يجب اعتباره باقرب العقود اليه شبها واذا جحدت النكاح فصالحته على مال بذلته امكن تصحيحه
خلعا في جانبه بناء على زعمه وبذلا للمال لدفع الخصومة وقطع الشغب والوطء الحرام في جانبها فان اقام على التزويج
بينة بعد الصلح لم تقبل لان ما جرى كان خلعا في زعمه ولا فائدة في اقامتها بعده ويحرم اخذ البدل عليه ان كان الزوج
مبطلا ديانة اي فيما بينه وبين الله تعالى ان كان الزوج مبطلا في دعواه وهذا علم في جميع انواع الصلح الا ان يسلمه
بطيب نفسه فيكون تمليكا على طريق الهبة كذا في شروح الهداية ولو صالحها بمال يعني لو ادعت المرأة النكاح
على رجل فصالحها على مال بذله الرجل للمرأة لم يجز لان هذا الرجل بالنكاح جاز صلحه ويجعل زيادة في المهر لانها تزعم انها زوجت
نفسها منه ابتداء بالمسمى وهو يزعم انه زاد في مهرها ولا يجوز الصلح ان ادعته اي النكاح المرأة وقيل
يجوز ووجه الجواز جعله زيادة في المهر ووجه عدم الجواز وهو الاصح انه انما اعطاها المال لتترك الدعوى فان تركتها
فكان فرقة فهو لا يعطى في الفرقة البدل وان لم تترك الدعوى فما حصل له غرضه فلا يصح كذا في الاختيار ولا يجوز
الصلح عن دعوى الحد الاصل في هذا ان الاعتياض عن حق الغير لا يجوز فاذا اخذ رجل زانيا او سارقا او شارب
خمر واراد ان يرفعه الى الحاكم فصالحه المأخوذ على مال ليتركه فالصلح باطل وله ان يرجع عليه بما دفع اليه
من المال لان الحد حق الله تعالى والاعتياض عن حق الغير لا يجوز وهو الصلح عن تحريم الحلال وتحليل الحرام واذا ادعت
امرأة على رجل صبيا انه ابنه منها فجحد الرجل ولم تدع المرأة النكاح وقالت انه طلقها وبانت منه
وصدقها في الطلاق فصالحها من النسب على مائة درهم فالصلح باطل لان النسب حق الصبي فلا يجوز الاعتياض
عنه واذا اشرع رجل الى طريق العامة فصالحه واحد من العامة على مال لا يجوز لانه حق العامة فلا يجوز انفراد واحد
منهم بخلاف ما اذا كانت ظلة على طريق غير نافذ فصالحه رجل من اهل الطريق حيث جاز الصلح لان الطريق

مملوك لا لها فيظهر في حق الاقرار والصلح معه مفيد لانه يسقط حقه ويتوصل به الى تحصيل رضى الباقين وبخلاف
ما اذا صالح الامام على دراهم ليترك الحد فانه يجوز اذا كان في ذلك صلاح للمسلمين ويضعه في بيت المال لان
الاعتياض للامام على الشركة للعامة جائز ولهذا لو باع شيئا من بيت المال صح وحد القذف داخل في جواب
الحدود لان المغلب فيه حق الشرع ولهذا لا يجوز عفوه ولا يورث بخلاف القصاص كذا في العناية وان قتل عبد
ماذون رجلا عمدا وصالح عن نفسه لا يجوز الصلح سواء كان عليه دين او لا بخلاف صلحه عن نفس عبد له اي العبد
الماذون له قتل رجلا عمدا فانه يجوز سواء كان عليه دين او لا والفرق ان رقبته ليست من حاصله من تجارته ولهذا
لا يملك التصرف فيه بيعا وان جاز اجارة فلا يجوز ان يستخلص رقبته بمال المولى وصار العبد كالاجنبي في حق نفسه
لان نفسه مال المولى والاجنبي اذا صالح عن مال مولاه بدون اذنه لا يجوز فكذا هذا اما عبده فمن تجارته وكسبه
وتصرفه فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا وتحقيقه ان المستحق كالزائل عن ملكه فصار كانه مملوك للمولى ولهذا كان
له ان يتلفه وهذا الصلح كانه شراؤه وهو تملك ذلك بخلاف نفسه فانه اذا زال عن ملك المولى لا يملك شراءه
فكذا لا يملك الصلح وطولب بالفرق بينه وبين المكاتب فانه لو قتل عمدا وصالح عن نفسه جاز واجيب بان
المكاتب حر يدا واكسابه له بخلاف الماذون له فانه عبد من كل وجه واكسابه لمولاه ثم صلح الماذون له وان
لم يصح لكن ليس لولي القتل ان يقتله بعد الصلح لانه لما صالحه فقد عفى عنه ببدل فصح العفو ولم يجب البدل
في حق المولى فيؤخر الى ما بعد العتق لان صلحه عن نفسه صحيح لكونه مكلفا وان لم يصح في حق المولى فصار كانه
صالحه على بدل مؤجل يؤاخذ به بعد العتق ولو فعل ذلك جاز الصلح ولم يكن له ان يقتل ولا يتبعه بشيء ما لم يعتق
فكذا هذا وان صالح عن مغصوب تلف باكثر من قيمته جاز عند ابي حنيفة يعني من غصب ثوبا قيميا معلوم
القيمة فتلف فصالح من القيمة على اكثر منها من النقود جاز عند ابي حنيفة قيد بالغصب لانه المحتاج الى الصلح غالبا وقيد بانه
بالقيمي احترازا عن المثلي بان الصلح عن كر حنطة على دراهم ودنانير جائز بالاجماع سواء كان اكثر من قيمتها او لا لكن القبض
شرط وان كانا باعيانهما لئلا يلزم الكالي بالكالي وقيدنا بمعلوم القيمة ليظهر الغبن الفاحش المانع من لزوم الزيادة عندهما
وبالتلف لان المغصوب اذا كان قائما جاز الصلح على اكثر من قيمته بالاجماع وبالنقود لانه لو صالح على طعام موصوف في الذمة
حالا وقبضه قبل الافتراق جاز بالاجماع وقالا يبطل الفضل ان كان لا يتغابن فيه وان صالح عنه بعرض صح الصلح
مطلقا اي سواء كان بزيادة يتغابن فيها او لا اتفاقا الاصل في هذا ان الدراهم تقع في مقابلة عين المغصوب
حقيقة ان كان قائما وتقديرا ان لم يكن قائما عند ابي حنيفة وعندهما بمقابلة قيمة المغصوب فقالا ان الواجب
هو القيمة وهي مقدرة بالدراهم والدنانير فالزيادة عليها بما لا يتغابن فيها الناس كان ربوا بخلاف ما اذا صالح
على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن فيه الناس لانه يدخل تحت تقويم المقومين
فلا يظهر فيها الزيادة وله طريقان احدهما ان المغصوب بعد الهلاك باق على ملك المالك ما لم يتقرر حقه في ضمان
القيمة حتى لو كان عبدا واختار ترك التضمين كان هالكا على ملكه حتى كان الكفن عليه ولو كان ابقا فعاد
من اباقه كان مملوكا له واذا كان كذلك فالمال الذي وقع عليه الصلح يكون عوضا عن ملكه في الثوب والعبد
ولا ربوا بين العبد والدراهم كما لو كان العبد قائما والثاني ان الواجب على الغاصب رد العين لقوله صلى الله
عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى ترده فهو الاصل في الغصب وانما تجب القيمة عند تعذر رد العين ليقوم
القيمة مقام العين فكان ذلك ضروريا لا يصار اليه الا عند العجز فاذا صالح على شيء كان البدل عوضا عن العين

وهو خلاف

وهو خلاف الجنس فلا يظهر الفضل ليكون ربوا كذا في العناية وان اعتق موسر عبدا مشتركا وصالح عن باقيه
باكثر من نصف قيمته بطل الفضل بالاتفاق لان القيمة منصوص عليها قال عليه السلام من اعتق شقصا من عبد
بينه وبين شريكه قوم عليه نصيب شريكه فيضمن ان كان موسرا او يسعى العبد وتقدير الشرع لا يكون دون
تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها وان صالح عن باقيه بعرض صح لما انه
لا يظهر الفضل عند اختلاف الجنس فلا ربوا فيجوز صلح المدعي بمال يدفعه الى المنكر ليقر له يعني ادعى رجل على رجل
عينا في يده فانكر فصالحه على مال ليعترف المنكر للمدعي بالعين فانه يجوز هذا الصلح ويكون في حق المنكر كالبيع وفي
حق المدعي كالزيادة في الثمن كذا في الاختيار وبدل الصلح عن دم عمدا وعلى بعض دين يدعيه يلزم الموكل لانه
اسقاط محض لا يلزم الوكيل لان الوكيل فيه سفير ومعبر فلا ضمان عليه الا ان ضمنه لانه حينئذ مواخذ بعقد
الضمان لا بعقد الصلح وبدل ما هو اي بدل صلح عن مال بمال كبيع يلزم الوكيل فيكون هو المطالب بالمال
هو الوكيل دون الموكل وذكر في شرح الطحاوي والتحفة على الاطلاق جواب مختصر القدوري وقال صاحب النهاية
ما معناه انه لا بد لتأويل المسئلة من قيد آخر وهو ان يكون الصلح في المعاوضة على الانكار فان كان لا يجب
على الوكيل شيء لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق وذلك جائز مع الاجنبي جوازه
مع الخصم وان صالح فضولي وضمن البدل تم الصلح لان الحاصل [illegible] للمدعى عليه ليس الا البراءة لانه
يصح بطريق الاسقاط وفي حق البراءة الاجنبي والخصم سواء لان الساقط يتلاشى ومثله لا يختص باحد فصح
ان يكون اصيلا في هذا الصلح اذا اضافه الى نفسه كالفضولي بالخلع من جانب المرأة اذا ضمن المال ويكون
[illegible] او اضاف الى ماله بان قال الفضولي للمدعي صالحتك على الفي هذه او اشار الى عرض بان
قال على هذا الثوب او الى نقد بان قال على هذه الالف صح الصلح لانه التزم تسليم ذلك البدل اضافه الى
مال معين ولو استحق العبد او وجد به عيبا فرده فلا سبيل له على المصالح لانه التزم الايفاء من محل بعينه ولم يلتزم
شيئا سواه بخلاف ما اذا صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم استحقت او وجدها زيوفا حيث يرجع عليه
لانه جعل نفسه اصيلا في حق الضمان ولهذا يجبر على التسليم فاذا لم يسلم له ما سلمه رجع عليه ببدله ذكره
في الهداية او اطلق بان قال على الف وسلم صح لان التسليم اليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد
لحصول مقصوده وكان المصالح متبرعا على المدعى عليه فلا يرجع عليه بشيء كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف
ما اذا كان بامره فانه يرجع ولا يصير الدين المدعى به ملكا للمصالح وان كان المدعى عليه مقرا لانما يكون ذلك
في ذمته لان تصحيحه بطريق الاسقاط كما مر لا بطريق المبادلة فاذا اسقط لم يبق شيء فاني للشيء يثبت
له بعد ذلك ولا فرق في ان المصالح لا يملك الدين المدعى به بين ما اذا كان الخصم مقرا او منكرا اما اذا كان
منكرا فظاهر لان في زعمه ان لا شيء عليه وزعم المدعي لا يتعدى اليه واما اذا كان مقرا فبالصلح لا يتعين
ان يصير المصالح مشتريا ما في ذمته بما ادى الا ان شراء الدين من غير من عليه الدين تمليكه من غير من عليه
وهو لا يجوز وهذا بخلاف ما اذا كان المدعى به عينا والمدعى عليه مقرا فان المصالح يصير مشتريا لنفسه اذا كان
بغير امره لان شراء الشيء من مالكه صحيح وان كان في يد غيره وان اطلق ولم يسلم فاختلفوا فيه فقال
بعض المشايخ العقد موقوف فاختاره المصنف فقال فان اجازه المدعى عليه جاز ولزمه البدل والا اي
وان لم يجزه بطل الصلح لان الاصل في العقد انما هو المدعى عليه لان دفع الخصومة حاصل له الا ان الفضولي

يصير اصيلا بواسطة اضافة الضمان الى نفسه واذا لم يضف بقي عاقدا من جهة المطلوب فيتوقف على اجازته وقال
بعضهم هو بمنزلة قوله صالحني على الف ينفذ على المصالح والتوقف فيما اذا قال صالح فلانا على الف درهم من دعواك على
فلان فان فيه يوقف على اجازة المدعى عليه ذكره في الذخيرة الكل في العناية **باب الصلح في الدين** لما ذكر حكم الصلح
عن عموم الدعاوى ذكر في هذا الباب حكم الخاص وهو دعوى الدين لان الخصوص ابدا يكون بعد العموم الصلح عما
استحق بعقد المداينة تقييد به وان كان حكم الغصب كذلك حملا لامر المسلم على الصلاح على بعض جنسه اخذ واستيفاء
لبعض حقه واسقاط لباقيه كمن له على آخر الف درهم جياد حالة من ثمن متاع باعه فصالحه على خمسمائة وكمن له
على آخر الف درهم كذلك فصالحه على خمسمائة زيوف فانه يجوز لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما امكن ولو قال المدعي
للمدعى عليه المنكر صالحتك على مائة من الف عليك كان اخذا لمائة وابراء عن تسعمائة وهذا قضاء لا ديانة الا اذا
زاد ابرأتك ولو غصب الفا واخفاها فصالحه المالك على خمسمائة فاعطاه الغاصب من تلك الالف او غيرها جاز
الصلح قضاء وعليه رد الباقي ديانة وان اظهرها فان جحد الغصب ثم صالح فكذلك لكن لو وجد بعده بينة علنية قبلت
ولو كان مقرا فعليه رد الباقي وان ابرأه عنه في ضمن الصلح لانه ابراء عن عين كذا في القهستاني نقلا عن الظهيرية
لا معاوضة اذ لو جعل تصحيحه معاوضة لافضائه الى الربوا فجعل اسقاطا للبعض في المسئلة الاولى وللبعض والصفة
في الثانية ولو صالح عن الف حال على مائة حالة صح الصلح حملا على حط بعض الاصل او على الف مؤجل صح حملا على التاخير
الذي فيه معنى الاسقاط لان في جعله معاوضة بيع الدراهم بمثلها نسيئة وهو ربوا وكذا يصح الصلح من الف جياد
على مائة زيوف بحط بعض الاصل والوصف فلا يشترط قبض البدل في المجلس في هذه الصور ذكره في الايضاح
ابن كمال ولا يصح الصلح عن دراهم على دنانير مؤجلة لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يحمل على التاخير فتعين
جعله معاوضة اذ التصرف في الديون في مسائل الصلح المخرج عن احد هذين الوجهين جائز وفي ذلك
بيع الدراهم بالدنانير نسيئة وهو لا يجوز او عن الف مؤجل على نصفه حالا اذ لا يمكن حمله على الاسقاط لان
المعجل لم يكن مستحقا بالعقد حتى يكون استيفاؤه استيفاء لبعض حقه وهو خير من النسيئة لا محالة فيكون خمسمائة
في مقابلة مثلها من الدين وصفة التعجيل في مقابلة الباقي وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام روي ان رجلا
سأل ابن عمر رضي الله عنهما فنهاه عن ذلك ثم سأله فقال ان هذا يريد ان اطعمه الربوا وهذا لان حرمة الربوا
ليست الا شبهة مبادلة المال بالاجل لحقيقة ذلك وفي بذلك او عن الف سود الى دراهم مضروبة
من نقرة سوداء مغلوبة الغش على نصفه بيضا لان البيض غير مستحق بالعقد وهي زائدة وصفا فيكون
معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربوا فلو صالح عن الف بيض على نصفه سودا صح لانه اذا كان
الذي يستوفيه ادون من حقه فهو اسقاط واذا كان ازيد قدرا او وصفا فمعاوضة كذا في النهاية ولو صالح
عن الف درهم ومائة دينار على مائة درهم حالة او مؤجلة صح لانه امكن جعله اسقاطا للدنانير كلها والدراهم
الا مائة ان كانت حالة واسقاطا لذلك وتاجيل الباقي ان كانت مؤجلة تصحيحا للعقد وان قال من له
على آخر الف درهم اد الي غدا نصفه على انك بريء من باقيه ففعل بريء قيل معناه فقبل فهو بريء في الحال [illegible]
ان معناه فادى اليه ذلك غدا فهو بريء عن الباقي والا اي وان لم يفعل ذلك فلا ابراء فيبقى الالف على المديون
كما كان عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف لانه ابراء مطلق اذ ليس لهما يقيده الا جعل نصف الالف
عوضا حيث ذكره بكلمة المعاوضة وهي على والاداء لا يصلح عوضا لان حد المعاوضة ان يستفيد كل واحد

ما لم يكن

ما لم يكن قبلها والاداء مستحق عليه لم يستفد به شيئا لم يكن مستحقا عليه فجرى وجود جعل الاداء عوضا مجرى عدمه فبقي
الابراء مطلقا وهو لا يعود كما اذا بدأ بالابراء بان قال ابرأتك عن خمسمائة من الالف على ان تؤدي غدا خمسمائة
كما سيأتي ولهما ان هذا ابراء مقيد بالشرط والمقيد بالشرط يفوت عند فواته فان انتفاء الشرط ليس علة لانتفاء
المشروط عندنا لكنه عند انتفائه مات لبقائه على العدم الاصلي وموضعه اصول الفقه وانما قلنا انه مقيد بالشرط
لانه بدأ باداء خمسمائة في الغد وانه يصلح غرضا حذرا افلاسه او توسلا الى تجارة اربح فيصلح ان يكون شرطا
من حيث المعنى وكلمة على وان كانت للمعاوضة لكن يحتمل معنى الشرط لوجود معنى المقابلة فيه فان فيه مقابلة
الشرط بالجزاء كما كان بين العوضين وقد تعذر العمل بمعنى المعاوضة فيحمل على الشرط تصحيحا لتصرفه فان قال صالحتك
على نصفه على انك ان لم تدفع غدا النصف فالالف عليك لا يبرأ ان لم يدفع اجماعا لانه صرح بالتقييد وان قال
ابرأتك من نصفه على ان تعطيني غدا ابرأ من نصفه اعطى النصف او لم يعط لانه اطلق الابراء اولا والاداء الباقي
لا يصلح عوضا مطلقا ولكنه يصلح شرطا فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد به وكذا لو قال اد الي نصفه على
انك بريء من باقيه ولم يوقت فهو ابراء مطلق لان الاداء واجب عليه في جميع الاوقات فلم يصلح عوضا فلم
يتقيد ولو علق الابراء بالشرط صريحا بان قال ان اديت الي نصفه فانت بريء واذا اديت او متى اديت لا يصح
الابراء وان للوصل اذ في خلاف ما اذا لم يكن صريحا كما في الصور السابقة وذلك لان في الابراء معنى التمليك
حتى يرتد بالرد ومعنى الاسقاط حتى لا يتوقف على القبول والاسقاط لا ينافي تعليقه بالشرط والتمليك
ينافيه فراعينا المعنيين وقلنا ان كان التعليق صريحا لا يصح وان لم يكن صريحا يصح ومن قال سرا لرب دينه
لا اقر لك بمالك حتى تؤخره عني او تحط عني بعضه ففعل جاز اي نفذ هذا التصرف على رب الدين فلا يتمكن من المطالبة
في الحال والابراء او حطه لانه ليس بمكره لتمكنه من اقامة البينة والتحليف لا يقال هو مضطر فيه لانه ان لم يفعل
لم يقر لان تصرف المضطر كتصرف غيره فان من باع عينا بطعام يأكله للجوع وقد يضطر به كان بيعه نافذا وان اعلن
لزمه اي لزم المقر جميع المال للحال **فصل** في الدين المشترك بالتجارة ان صالح احد ربي الدين في دين
اشتركا فيه على السوية بخلاف ما اذا كان الصلح في عين مشتركة حيث يختص المصالح ببدل الصلح وليس لشريكه
ان يشاركه فيه لكونه معاوضة من كل وجه لان المصالح عنه مال حقيقة بخلاف الدين فانه حين القبض يكون له
عن نصفه على ثوب فلو صالحه على جنسه ليس للمصالح فيه خيار بل لشريكه ان يشاركه فيما قبضه او يرجع على
المديون لانه بمنزلة قبض بعض الدين ولو اراد القابض ان يختص ما قبضه ولا يرجع عليه شريكه فالحيلة فيه ان يهب الغريم
قدر دينه وهو يبرئه عن دينه فلشريكه ان يتبع المديون بنصفه اي بنصف الدين لان حقه كان عليه ولم يستوفه
فبقي في ذمته او ان يأخذ نصف الثوب لان الصلح وقع على نصف الدين وهو شائع ولو كان المقبوض كله
للمصالح بلا اجازة لزمه قسمة الدين قبل القبض وهو غير صحيح الا ان يضمن له اي لشريكه المصالح ربع الدين
فانه لا خيار لشريكه في اتباع الغريم او شريكه القابض واصل هذا ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض
احدهما منه شيئا فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض وهو الدراهم والدنانير وغيرهما لان الدين ازداد خيرا
بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة الى اصل الحق فتصير كزيادة الثمن والولد وله
حق المشاركة في ذلك ولكن المقبوض قبل اختيار الشريك مشاركة القابض فيه باق على ملك القابض لان
العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه وينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته وعرف صاحب الهداية

الدين المشترك بانه الذي يكون واجبا بسبب متحد كثمن مبيع صفقة واحدة وثمن ملك مشترك وموروث
مشترك وقيمة مستهلك مشترك قيد الصفقة بالواحدة احترازا عما اذا كان عبد بين رجلين باع احدهما نصيبه
من رجل بخمسمائة وباع الآخر نصيبه منه بخمسمائة وكتبا عليه صكا واحدا بالف درهم ثم قبض احدهما منه شيئا
لم يكن للآخر ان يشاركه فيه لان نصيب كل واحد منهما وجب على المطلوب بسبب آخر فلا يثبت الشركة بينهما
باتحاد الصك قال صاحب النهاية ثم ينبغي ان لا يكتفى بكونه صفقة واحدة بل ينبغي ان يزاد على هذا بان يقال
اذا كان صفقة واحدة بشرط ان يتساويا في قدر الثمن وصفته لانهما لو باعاه صفقة واحدة على ان نصيب
فلان منه مائة ونصيب فلان خمسمائة ثم قبض احدهما منه شيئا لم يكن للآخر ان يشاركه فيه لان تفرق
التسمية في حق البائعين كتفرق الصفقة بدليل ان للمشتري ان يقبل البيع في نصيب احدهما وكذلك
لو اشترط احدهما ان يكون نصيبه خمسمائة نجية ونصيب الآخر خمسمائة سود لم يكن للآخر ان يشاركه فيما
قبضه لان التسمية تفرقت وتميز نصيب احدهما عن الآخر وصفا ولعل صاحب الهداية انما ترك ذكره لانه
شرط الاشتراك وهو في بيانه حقيقة وان قبض شيئا من الدين يشاركه اي يشارك الآخر الغير القابض
من الشريكين المصالح القابض منهما لما عرفت من الاصل فيه اي في المقبوض من الدين ثم يتبعان اي الشريكان
الغريم فيما بقي لانهما لما اشتركا في المقبوض لا بد من بقاء الباقي على ما كان عليه من الشركة وان اشترى بنصيبه شيئا
اي ثوبا مثلا ضمنه شريكه ربع الدين وليس لشريكه تخيير بين دفع ربع الدين ونصف الثوب كما كان في
صورة الصلح لانه استوفى نصيبه بالمقاصة بين ما لزمه بشراء الثوب وما كان له على الغريم كملا من غير حطيطة واغماض
لان مبنى البيع على المماكسة ومثله لا يتوهم فيه الاغماض والحطيطة بخلاف الصلح لان مبناه على ذلك فلو الزمناه
تضمين ربع الدين البتة تضرر وتخيير القابض كما ذكرنا في قوله الا ان يضمن له وليس للشريك على الثوب في صورة
البيع سبيل لانه ملكه بعقده او اتبع شريكه الغريم لان حقه في ذمة الغريم باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة
لكن له حق المشاركة فله ان لا يشاركه لئلا ينقلب ما له ما عليه فانه خلف باطل فلو سلم الساكت للقابض
ما قبض ثم توى ما على الغريم له ان يشاركه لانه رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم كما اذا
مات المحال عليه مفلسا فان المحتال يرجع على المحيل لذلك ومن ابرأ عن نصيبه كله لا يضمن شريكه لانه اتلاف
وليس بقبض او قاص الغريم بدين سابق لا يضمن لشريكه يعني اذا كان على احد الشريكين دين للغريم قبل الدين
المشترك فاقر بذلك لم يرجع عليه الشريك الآخر بحصته لانه قاض بنصيبه لا مقتض بناء على ان آخر الدينين
قضاء عن اولهما اذ العكس يستلزم القضاء قبل الوجوب والقضاء لا يسبقه ولو ابرأه عن البعض قسم الباقي
على اسهامه حتى لو كان لهما على المديون عشرون درهما فابرأ احد الشريكين عن نصف نصيبه كانت
المطالبة بالخمسة وللساكت بالعشرة وان اجل احدهما نصيبه لا يصح خلافا لابي يوسف هكذا في
الهداية قال صاحب النهاية ما ذكر من صفة الاختلاف مخالف لما ذكر في عامة الكتب حيث ذكر قول محمد
مع قول ابي يوسف وذلك سهو لجواز ان يكون صاحب الهداية قد اطلع على رواية لمحمد مع ابي حنيفة
وابو يوسف اعتبر التأخير لكونه ابراء موقتا بالابراء المطلق ولهما انه يلزم قسمة الدين قبل القبض و
لا امتياز احد النصفين عن الآخر باتصاف احدهما بالحلول والآخر بالتأجيل وقسمة الدين قبل
القبض لا يجوز لانه وصف شرعي ثابت في الذمة وذلك لا يتميز بعضه عن بعض ولو غصب احدهما

ولو تعلق اي البرأة بالشرط صح كما اذا قال ابرأتك من نصف الدين على ان تعطيني نصفا ... فانت بريء من الباقي لا يصح الابراء ... ان لم يعط ... فانه يحط ... جامع الرموز

عينا

عينا منه او اشتراه شراء فاسدا فهلك في يده فهو قبض لان ضمان الهالك قصاص بقدره من الدين
وهو آخر الدينين فيصير قصاصا للاول وكذا اذا استأجر من الغريم بنصيبه دارا وسكنها فاراد شريكه اتباعه
كان له ذلك لانه صار مقتضيا نصيبه بالقبض بالحكم المال من كل وجه لان ما عدا منافع البضع من
المنافع جعل بالاموال من كل وجه عند ورود العقد عليها وكذا الاحراق عند محمد خلافا لابي يوسف وصورته
ما اذا رمى النار على ثوب المديون فاحرقه وهو يساوي نصيبه المحرق واما اذا اخذ الثوب ثم احرقه فان
للشريك الساكت ان يتبع المحرق بالاجماع لمحمد ان الاحراق اتلاف لمال مضمون فكان كالغصب
والمديون صار قاضيا لنصيبه بطريق المقاصة فيجعل المحرق مقتضيا ولابي يوسف انه متلف نصيبه
بما صنع لا قابض لان الاحراق اتلاف فكان هذا نظير الجناية فانه لو جنى على نفس المديون حتى سقط
نصيبه من الدين لم يكن للآخر ان يرجع عليه بشيء فكذا اذا جنى بالاحراق واذا تزوج بنصيبه من الدين لم يرجع
عليه الشريك في ظاهر الرواية لانه لم يقبض من حصته شيئا مضمونا يقبل الشركة فانه تملك به البضع وانه ليس
بمال متقوم ولا مضمون على احد فكان كالجناية وبطل صلح احد ربي السلم عن نصيبه على ما دفع من رأس المال
بخلاف ما اذا كان على غيره فانه لا يجوز بالاجماع لما فيه من استبدال فيه خلاف له ايضا يعني اذا اسلم رجلان رجلا
في كر حنطة مثلا فصالح احدهما مع المسلم اليه على ان يأخذ نصيبه من رأس المال وينفسخ عقد السلم في نصيبه لم يجز
عند ابي حنيفة ومحمد الا باجازة الآخر فان اجاز جاز وكان المقبوض من رأس المال مشتركا بينهما وما بقي من السلم
مشتركا بينهما وان لم يجز فالصلح باطل وقال ابو يوسف جاز اعتبارا بسائر الديون فان احد الدائنين
اذا صالح المديون عن نصيبه على بدل جاز وكان الآخر مخيرا بين ان يشاركه في المقبوض وان لم يرجع على
المديون بنصيبه كذلك ههنا وبما اشترى عبدا فان قال احدهما في نصيبه بجامع ان هذا الصلح اقالة وفسخ للعقد
السلم ولابي حنيفة ومحمد وجهان احدهما انه لو جاز فاما ان جاز في نصيبه خاصة او في النصف من النصيبين فان
كان الاول لزم قسمة الدين قبل القبض لان خصوصية نصيبه لا يظهر الا بالتميز ولا تميز الا بالقسمة وقد تقدم
بطلانها وان كان الثاني فلا بد من اجازة الآخر لتناوله بعض نصيبه بخلاف شرى العين فانا اذا اخترنا
فيه الشق الاول من الترديد لم يلزم المذكور في السلم وهو قسمة الدين في الذمة وذلك لان المسلم اليه
انما صار واجبا بعقد السلم والعقد قام بهما فلا ينفرد احدهما برفعه والثاني انه لو جاز الصلح شاركه
في المقبوض من رأس المال لان الصفقة واحدة وهي مشتركة بينهما واذا شاركه فيه يرجع المصالح على
المسلم اليه بالقدر الذي قبضه الشريك حيث لم يسلم له ذلك القدر وقد كان ساقطا بالصلح ثم عاد بعد
سقوطه قال المتأخرون من مشايخنا هذا الاختلاف بين علمائنا انما هو اذا خلطا رأس المال وعقدا عقد
السلم واما اذا لم يخلطا قال بعضهم هو على هذا الخلاف ايضا وهؤلاء نظروا الى الوجه الاول وقال
آخرون هو على الاتفاق في الجواز وهؤلاء نظروا الى الوجه الثاني وان اخرج الورثة احدهم عن عرض
او عن عقار بمال صح الصلح قل ما اعطوه او كثر لانه امكن تصحيحه بيعا والبيع يصح بالقليل من الثمن والكثير ولم يصح
جعله ابراء لان الابراء عن الاعيان غير المضمونة لا يصح فان قيل لو كان بيعا لشرط معرفة مقدار حصته من
التركة لان جهالة تفسد البيع اجيب بان الجهالة المفضية الى المنازعة تفسد البيع لا مانعة عن التسليم
الواجب بمقتضى البيع وهذا لا يحتاج الى التسليم فلا يفضي الى المنازعة فصار كمن اقر انه غصب من فلان

المسلم له

شيئا واشتراه من المقر له جاز وان لم يعلم مقداره وفي جواز التخارج مع جهالة المصالح عنه اثر عثمان وهو ما
روى محمد بن الحسن عن جدته عن عمرو بن دينار ان احدى نساء عبد الرحمن بن عوف رضه صالحوها على ثلاثة
وثمانين الفا على ان اخرجوها من الميراث وهي تماضر كان طلقها في مرضه فاختلفت الصحابة رضهم في
ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر وكانت لها اربع نسوة واولاد فحظها ربع الثمن جزء من اثنين وثلاثين
جزءا فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من اربعة وستين جزءا واخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين الف دينار
او اخرجوه عن احد النقدين بالآخر بان كانت التركة ذهبا فاعطوه فضة او بالعكس او عنهما اى عن النقدين بهما اى
بالنقدين بان كانت التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح ايضا دراهم ودنانير صح الصلح لانه بيع الجنس بخلاف
الجنس فلا يعتبر فيه التساوي ولذا قال قل البدل او كثر لكن يعتبر القبض في المجلس لكونه صرفا غير ان الوارث
الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا لكونها في يده يكتفى بالقبض السابق لانه قبض ضمان فينوب
عن قبض الصلح والاصل في ذلك انه متى تجانس القبضان بان يكونا قبض امانة او قبض ضمان ناب
احدهما مناب الآخر واما اذا اختلفا فالمضمون ينوب عن غيره دون العكس واما اذا كان الذي في يده
بقيتها مقرا فانه لابد من تجديد القبض وهو الانتهاء الى مكان يتمكن من قبضه لانه قبض امانة فلا ينوب عن
قبض الصلح وان اخرجوه عن نقدين وغيرهما باحد النقدين لا يصح الا ان يكون المعطى بفتح الطاء اى بدل
الصلح اكثر من نصيبه من ذلك الجنس ليكون نصيبه بمثله والزيادة بحصته من بقية التركة فان كان مساويا لنصيبه
او اقل او لا يعلم مقدار نصيبه بطل الصلح لوجود الربوا اما اذا كان مساويا فلزيادة العروض واما اذا كان اقل
فلزيادة العروض وبعض النقود واما اذا كان مجهولا ففيه شبهة ذلك فتعذر تصحيحه بطريق المعاوضة ولا
يصح بطريق الابراء ايضا ولابد من التقابض فيما يقابل حصته من الذهب والفضة واما اذا ادعت ميراث
زوجها وانكر الورثة الزوجية فصالحوها على اقل من نصيبها من المهر والميراث جاز لان المدفوع اليها لقطع المنازعة
ولافتداء اليمين وليس في ذلك ربوا كذا في العناية وان صالح عن نقدين وغيرهما بعرض جاز مطلقا اى قل
او كثر وجد التقابض في المجلس او لا لعدم الربوا وان كان في التركة دين على ذمم الناس فاخرجوه اى اخرج الورثة
احدهم ليكون الدين لهم بطل الصلح في الدين والعين جميعا اما في الدين فلان فيه تمليك الدين من غير من
عليه الدين وهو حصة المصالح واما في العين فلان [illegible] اتحاد الصفقة فان احتالوا في الجواز بان تشرطوا ابراءه
الغرماء من نصيبه اى نصيب المصالح من الدين ولا يكون له الرجوع لسائر الورثة بعد ذلك على الغرماء بنصيب
المصالح من الدين صح الصلح لانه اسقاط او تمليك الدين ممن عليه [illegible] الدين وهو جائز وكذا ان قضوا
اى الورثة حصته اى حصة المصالح منه اى من الدين تبرعا ثم صالحوا عما بقي من التركة فانه يجوز وفي الوجهين
ضرر لبقية الورثة ذكره في الهداية قال في الكفاية لعدم رجوعهم على الغرماء انتهى هذا هو الحق لا ما في سائر الشروح
من لزوم النقد بالنسبة في الصورة الثانية اذ لا نسبة عند التبرع فليتأمل كذا في حاشية سعدي چلبي على
اكمل العناية او اقرضوه اى بقية الورثة المصالح قدرها اى قدر حصة المصالح من الدين فيكون لهم عليه
واحاله اى احال المصالح بقيتهم بهذا القرض ليأخذه منهم على الغرماء وصالحوه عن غيره قال
في الهداية والاوجه ان يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيلهم على استيفاء
نصيبه من الغرماء انتهى قال الزيلعي والاوجه منه ان يبيعوه كفا من تمر او نحوه بقدر الدين ثم يحيلهم على الغرماء او

يحيلهم

يحيلهم ابتداء من غير بيع شيء ليقبضوه لهم ثم يأخذون لانفسهم انتهى وفي صحة الصلح عن تركة هي اعيان غير معلومة
على مكيل او موزون اختلاف يعني ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة فالصلح على المكيل والموزون
قيل لا يجوز لاحتمال الربوا وهو قول الشيخ الامام ظهير الدين المرغيناني وقيل يجوز وهو قول الفقيه ابي جعفر
لاحتمال ان لا يكون في التركة من ذلك الجنس وان كان فيحتمل ان يكون نصيبه من ذلك اكثر مما اخذ او اقل ففيه
شبهة الشبهة وليست بمعتبرة ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها اعيان غير معلومة فصالحوا على مكيل
او موزون او غير ذلك قيل لا يجوز لكونه بيعا اذ لا يصح ان يكون ابراء لان المصالح عنه عين والابراء عن العين
لا يجوز واذا كان بيعا كانت الجهالة مانعة وقيل يجوز وهو الارجح كما اشار اليه بقوله والاصح الجواز ان علم انها غير
المكيل والموزون اذا كانت التركة كلها في يد البقية لان الجهالة ليست بمفضية الى النزاع لقيام المصالح
عنه في يد بقية الورثة لعدم الاحتياج الى التسليم حتى لو كان بعض التركة في يد المصالح ولا يعلمون مقداره
لم يجز لاحتياجه الى ذلك وبطل الصلح والقسمة ان كان على الميت دين مستغرق لان الوارث لم يتملك التركة
لتقدم حاجة الميت عليه قال تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين وان كان الدين غير مستغرق فالاولى ان
لا يصالح قبل قضائه يعني اذا كان الدين غير محيط ينبغي ان لا يصالح قبل قضاء دين الميت لتقدم حاجته ولو فعل
اي مع هذا لو صالح قبله قالوا يجوز الصلح واما القسمة فانها تجوز قياسا لان التركة لا تخلوا عن قليل دين فتقسم
نفيا للضرر عن الورثة اذ الوارث قد يكون غائبا فلو جعلت التركة موقوفة يتضرر الورثة والداين لا يتضرر لان
على الورثة قضاء دينه لا استحسانا لان الدين يمنع تملك الوارث اذ ما من جزء الا وهو مشغول بالدين فلا تجوز
القسمة قبل قضائه هذا قول الكرخي ومن تابعه وقيل القياس ان يوقف الكل والاستحسان ان يوقف قدر
الدين ويقسم الباقي وقد عرفت وجههما فروع وان اصطلحا على ان يحلف المدعي على دعواه على انه ان حلف
فالمدعى عليه يكون ضامنا لما يدعي فالصلح باطل فلو حلف المدعي لا يجب المال على المدعى عليه وكذا لو قال المدعى عليه ان
حلف فلان غير الطالب فالمال علي كان باطلا ولو قال الطالب للمطلوب انت بريء من دعواي هذه على ان تحلف
ما لي قبلك شيء فحلف لا يبرأ لانه علق البراءة بالخطر وذلك باطل ولو ادعى على رجل الفا فانكر فقال له المدعي اقر لي
بالف على ان اعطيك مائة فاقر لا يلزمه المائة ولو قال له المدعي اقر لي بها على ان احط عنك مائة فاقر جاز الحط
رجل ادعى على امرأة انه تزوجها فجحدت فصالحها على مائة درهم على ان تقر بذلك فاقرت صح ويلزمه المال لان
الاقرار متى قرن بالعوض يجعل ابتداء تمليك فان الرجل اذا قال لغيره اقر لي بهذا العبد على ان اعطيك مائة درهم
فاقر يصير بيعا مبانة صالحت زوجها من سكناها على دراهم لا يجوز لان السكنى حق الشرع وهو لا يقدر على
اسقاط حق الشرع بعوض كان او بلا عوض ولو ادعت المرأة ان زوجها طلقها ثلاثا وانكر الزوج فصالحها
على مائة درهم على ان يبرأ من الدعوى لا يصح وللزوج ان يرجع عليها بما اعطاها من البدل وتكون المرأة على
دعواها كذا في قاضي خان **كتاب المضاربة** وقد سبق في اول كتاب الاقرار وجه تعقيب الصلح بالمضاربة
وهي مشتقة من الضرب في الارض وسمي هذا العقد بها لان المضارب يسير في الارض غالبا طلبا للربح قال
الله تعالى وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله وشرعيتها للحاجة فان الناس بين غني بالمال
غبي عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف خالي اليد عن المال فكان في شرعيتها انتظام مصلحة الغبي
والذكي والفقير والغني وركنها استعمال الفاظ تدل على ذلك مثل دفعت المال اليك مضاربة او معاملة

اوعاملا او خذ هذا المال واعمل فيه على ان لك نصف الربح او ثلثه او قال خذ هذا الالف واعمل بها بالنصف او بالثلث استحسانا لان البيع والشراء صار مذكورا بذكر العمل والنصف متى وقع عقيب البيع والشراء يراد به النصف من الربح عرفا وانه كالمشروط نصا ولو قال خذ هذا المال بالنصف كان مضاربة وشرايطها خمسة احدها انها لا يجوز الا بالنقدين والثانى اعلام رأس المال عند العقد اما بالاشارة او بالتسمية ويكون مسلما الى المضارب فالثالث ان يكون الربح شايعا بينهما والرابع اعلام قدر الربح لكل واحد منهما والخامس ان يكون المشروط للمضارب من الربح حتى لو شرطه من رأس المال او منهما فسدت على ما يأتى ان شاء الله تعالى وهو عقد مشروع بالآية المذكورة وبالسنة وهو ما روى ان العباس كان يدفع ماله مضاربة ويشترط على مضاربه ان لا يسلك بحرا وان لا ينزل واديا ولا يشترى به ذات كبد رطبة فان فعل ذلك ضمن فبلغ ذلك رسول الله عليه السلام فاستحسنه واجازه الى ذلك وبعث عليه السلام والناس يتعاملونه فاقرهم عليه وعن عمر رضى الله عنه دفع مال اليتيم مضاربة وعليه الاجماع كذا فى الاختيار والعناية فهى اى المضاربة عقد شركة فى الربح بمال من جانب وهو رب المال واحدا او اكثر وعمل من جانب وهو المضارب كذلك قوله والمضارب شروع الى بيان حكمها امين لانه قبض المال بامر مالكه لا على وجه البدل كالمقبوض على سوم الشراء ولا على وجه الوثيقة كالمرهون فاذا تصرف المضارب فيه فوكيل لان تصرفه بامر المالك حتى يرجع بما لحقه من العهدة على رب المال فان ربح فشريك لتملكه جزأ من المال بعمله وهو شايع فيشركه وان خالف المضارب رب المال فيما شرطه فغاصب لتعديه على مال غيره فيكون ضامنا ولو اجاز بعده فلو اشترى ما نهى عنه ثم باعه وتصرف فيه ثم اجاز رب المال لم يجز وكذا المستبضع ذكره فى الدرر والربح للمضارب لكنه غير طيب عند الطرفين ذكره فى القهستانى وان شرط عند عقد المضاربة كل الربح له اى للمضارب فمستقرض حكما لان كل الربح لا يملك الا بملك رأس المال فلما شرطاه جميع الربح فقد ملكه راس المال ثم قوله مضاربة شرط لرده فيكون قرضا وان شرطاه اى كل الربح لرب المال فمستبضع حكما بهذا معناها عرفا وشرعا وان فسدت اى المضاربة فاجير فله اجر مثله لانه عمل لرب المال بالعقد وابتغى به عن منافعه عوضا ولم ينله لفساد العقد ولا بد من عوض منافع تلفت بالعقد وليس ذلك فى الربح لكونه لرب المال لانه نماء ملكه فتعين اجر المثل ربح او لم يربح وعن ابى يوسف اذا لم يربح لا اجر له كما فى الذخيرة ولا يزاد اجر عمله على ما شرط له عند ابى يوسف وهو المختار خلافا لمحمد فان عنده يجب بالغا ما بلغ كما فى الكرمانى كذا فى القهستانى ولكن المفهوم من المجمع ان خلاف محمد ثابت فى المسئلتين فانه يقول بلزوم اجر المثل عند عدم حصول الربح ايضا وبلزوم اجر المثل بالغا ما بلغ وقد صرح بذلك ابن ملك فى شرحه حيث قال محمد قال يجب الاجر ان لم يربح بالغا ما بلغ انتهى بل المصرح فى المعتبرات ان ابا يوسف مع محمد وقد اشار اليه عبارة القهستانى وصرح به ابن كمال حيث قال له اجر مثل عمله ربح ام لا بالغا ما بلغ عندهما ذكره فى المحيط وعن ابى يوسف فى غير ظاهر الرواية لا يزاد على ما شرط انتهى وجه ظاهر الرواية انه اجير واجرة الاجير تجب بتسليم المنافع كما فى اجير الوحد فان تسليم نفسه تسليم منافعه او تسليم العمل كما فى الاجير المشترك وقد وجد ذلك ووجه غير الظاهر اعتبار المضاربة الفاسدة بالصحيحة فان فيها اذا لم يربح لا يستحق شيئا مع انها فوق الفاسدة ففى الفاسدة اولى وجواب الظاهر عن هذا التعليل بان الفاسد انما يعتبر بالجائز اذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد مشتركة لا اجارة والفاسدة تنعقد اجارة لا شركة فتعتبر

بالاجارة

بالاجارة الصحيحة فى استحقاق الاجر عند ايفاء العمل وان تلف المال فى يده فله اجر مثله فيما عمل ولا يضمن المضارب المال بهلاكه فيها اى فى المضاربة الفاسدة ايضا اى كما لا يضمنه فى الصحيحة وذلك لوجهين احدهما الاعتبار بالصحيحة والثانى ان رأس المال عين استوجر المضارب ليعمل به وهو لا غير فلا يضمن كاجير الوحد وهذا التعليل مشير الى ان المضارب بمنزلة اجير الوحد من حيث انه اجير لا يمكنه ان يوجر نفسه فى ذلك الوقت لآخر لان العين الواحد لا يتصور ان يكون مستأجر المستأجرين فى الوقت الواحد كما لا يمكن اجير الوحد ان يوجر نفسه لمستأجرين فى الوقت الواحد وهذا قول ابى جعفر الهندوانى وقيل المذكور ههنا قول ابى حنيفة وعندهما هو ضامن اذا هلك فى يده بما يمكن التحرز عنه وهذا قول الطحاوى وهذا بناء على ان المضارب بمنزلة الاجير المشترك لان له ان يأخذ المال بهذا الطريق من غير واحد والاجير المشترك لا يضمن اذا تلف المال فى يده من غير صنعه عند ابى حنيفة خلافا لهما قال الامام الاسبيجابى فى شرح الكافى والاصح انه لا ضمان على قول الكل لانه اخذ المال بحكم المضاربة والمال فى يد المضارب صحت او فسدت امانة لانه لما قصدا ان يكون المال عنده مضاربة فقد قصدا ان يكون [illegible] ولانه جعله امينا كذا فى العناية ولا تصح المضاربة شروع فى بيان شروطها الا بما يصح به الشركة وهو ان يكون رأس المال دراهم او دنانير عند ابى حنيفة وابى يوسف او فلوسا رائجة عند محمد وبما سواها لا يجوز كما مر فى الشركة ولو دفع الى رجل دراهم لا يعرف قدرها مضاربة جازت المضاربة ويكون القول فى قدرها وصفتها قول المضارب مع يمينه ولو كانت الدراهم غصبا فقال للغاصب اعمل بما فى يدك مضاربة بالنصف جازت المضاربة عندنا خلافا لزفر ولو دفع الى رجل الف درهم مضاربة لم يكن للمضارب ان يشترى شيئا للمضاربة باكثر من ذلك المال كذا فى قاضيخان ولكن لو دفع رب المال الى المضارب عرضا وقال بعه واعمل فى ثمنه مضاربة جاز لان عقد المضاربة يقبل الاضافة من حيث انه يشتمل على التوكيل والاجارة وكل منهما يقبل الاضافة الى زمان فى المستقبل فيجب ان يكون عقد المضاربة كذلك لئلا يخالف الكل الجزء فلا مانع من الصحة او قال اقبض مالى على فلان واعمل فيه مضاربة جاز ايضا لما قلنا انه يقبل الاضافة بخلاف ما اذا قال اعمل بالدين الذى فى ذمتك حيث فانه لا تصح المضاربة بالاتفاق لكن مع اختلاف التخريج اما عند ابى حنيفة فلان هذا التوكيل لا يصح على ما مر فى باب الوكالة بالبيع والشراء من كتاب الوكالة واذا لم يصح التوكيل لم يصح المضاربة والدين بحاله فكان رأس مال المضاربة من مال المضارب وهو لا يصح واما عندهما فان التوكيل يصح ولكن يقع الملك فى المشترى للآمر فيصير مضاربة بالعرض وذلك لا يجوز وشرط تسليم المال الى المضارب بلا يد لرب المال فيه بتصرف او عمل لان المال امانة فى يده فلا بد من التسليم اليه كالوديعة وهذا بخلاف الشركة لان المال فى المضاربة من جانب والعمل من جانب فلا بد من التخلص للعمل ليتمكن من التصرف فيه وبقاء يد غيره يمنع التخليص واما الشركة فالعمل فيها من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لاحدهما انتفى الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد لانه يمنع الخلوص فلا يتمكن المضارب من التصرف فيه فلا يتحقق المقصود عاقدا كان رب المال او غير عاقد كالصغير اذا عقدها اى المضاربة بمال الصغير له اى للصغير وليه او وصيه وشرط عمل الصغير فانه لا يجوز فكذا احد الشريكين اذا عقدها الآخر يعنى احد المفاوضين او احد شريكى العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه فسدت لقيام ملكه وان لم يكن عاقدا واذا كان يشترط العاقد الغير المالك عمله مع المضاربة فاما ان يكون من اهل المضاربة فى ذلك المال اولا فان كان الاول كالاب والوصى اذا

دفعا مال الصغير مضاربة وشرط العمل مع المضارب جازت لانهما من اهل ان ياخذا مال الصغير مضاربة
وكانا كالاجنبى فكان اشتراط العمل عليهما بجزء من المال جائزا وان كان الثانى كالماذون يدفع المال مضاربة
مع شرط عمل نفسه فسدت لانه وان لم يكن مالكا ولكن يد تصرفه ثابتة فتنزل منزلة المالك فيما يرجع الى التصرف
فكان قيام يده مانعا عن صحة المضاربة وشرط كون الربح بينهما مشاعا بان لا يستحق احدهما دراهم من
الربح مسماة لان شرط ذلك ينافى الشركة المشروطة لجوازها والمنافى لشرط جواز الشئ مناف له فتفسد ان شرط
لاحدهما عشرة دراهم مثلا لانه ربما لا يربح الا هذا القدر فينقطع الشركة فى الربح واذا فسد يكون الربح كله لرب
المال لانه نماء ملكه وللمضارب اجر مثل عمله لانه لم يرض بالعمل مجانا ذكره فى المجمع وشرحه قال فى الاختيار وتجب الاجرة
وان لم يعمل لان الاجير يستحق الاجرة بتسليم نفسه وقد سلم انتهى ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما
يبطل فى نفسه ويبقى المضاربة صحيحة اراد ان يشير الى ذلك بامر جلى فقال وكل شرط يوجب جهالة الربح كما اذا قال
لك نصف الربح او ثلثه او شرطا ان يدفع المضارب داره الى رب المال ليسكنها او ارضه سنة ليزرعها يفسد
المضاربة لاختلال مقصوده وهو الربح فى الصورتين المذكورتين جعل المشروط من الربح فى مقابلة العمل
واجرة الدار والارض فكانت حصة العمل مجهولة والا اى وان لم يوجب جهالته فلا يفسد المضاربة ويبطل الشرط
والمراد غير الشرط القاطع للشركة فانه يفسد ايضا وذلك لان المضاربة توكيل فى الابتداء وشركة فى الانتهاء
ولها شبه المعاوضة من حيث ان المضارب يستحق جزءا من الربح عوضا عن عمله فقلنا بان كل شرط يوجب
جهالة فى الربح او يقطع الشركة فى الربح يفسد وغير ذلك من الشروط لا يفسدها ويبطل الشرط اعتبارا بالوكالة
فانها لا تبطل بالشرط الفاسد كذا فى الخبازى كشرط الوضيعة على المضارب قال فى العناية ويفسد الشرط كاشتراط
الوضيعة على غير رب المال او عليهما والوضيعة اسم لجزء هالك من المال فلا يجوز ان تلزم غير رب المال ولما لم
يوجب الجهالة فى الربح لم تفسد المضاربة انتهى روى عن على انه قال الربح على ما اشترطوا عليه والوضيعة
على قدر المال وللمضارب مضاربة صحيحة او فاسدة فى مطلقها يعنى فى مطلق المضاربة بان لم تقيد بزمان او مكان
او سلعة او شخص او نوع تجارة نحو ان يقول دفعت اليك هذا المال مضاربة ولم يزد على ذلك فيجوز للمضارب
ان يبيع نقدا او نسيئة كما سياتى وان يشترى بنقد ونسيئة بغبن يسير فلو اشترى بغبن فاحش يخالف
وان قال له اعمل برأيك كما فى الذخيرة وذكر فى النظم انه لا يتجر مع امرأته وولده الكبير العاقل ووالديه عنده خلافا
لهما ولابن زياد وزفر ولا يشترى من عبده المأذون وقيل من مكاتبه بالاتفاق ويوكل بهما اى بالبيع
والشراء ويسافر ~~[illegible]~~ بمال المضاربة برا وبحرا وعنه انه لا يسافر وعند ابى يوسف يسافر
الى موضع ليقدر على الرجوع الى اهله فى يومه وعنه فى سنتين وثلاثة ولا يسافر سفرا مخوفا يتحامى الناس عنه
فى قولهم كما فى قاضى خان وعن ابى حنيفة انه ان دفع اليه فى بلد المضارب ليس له ان يسافر لانه تعريض
على الهلاك من غير ضرورة وان دفع اليه فى غير بلده له ان يسافر الى بلده لانه هو المراد فى الغالب اذ
الانسان لا يستديم الغربة مع امكان الرجوع فلما اعطاه عالما بغربته كان دليل الرضا بالمسافرة عند رجوعه
الى وطنه وظاهر الرواية ان المقصود هو الاسترباح وهو لا يحصل الا بالتجارة والاطلاق ينتظم جميع صنع
التجار والمسافرة منه ويبضع ويودع ويعير ويرهن اى يدفعه رهنا ويرتهن اى ياخذه رهنا ويواجر
ويستاجر ويحتال اى يقبل الحوالة بالثمن على الايسر وغيره اى على من ايسر او اعسر جعل من المشترى وذلك لانه

لو اقال

لو اقال العقد مع الاول ثم باعه بمثله على المحال عليه جاز فكذا اذا قبل الحوالة ولانه من صنيعهم بخلاف الوصى بمال
اليتيم فانه تصرفه نظرى فلا بد وان يكون المحال عليه ايسر ولو ابضع رب المال صح يعنى لو استعان المضارب
من رب المال بان دفع المال الى رب المال وامره ان يبيع ويشترى له جاز فى قولهم كما فى الواقعات ولا
تفسد به اى بالابضاع الى رب المال المضاربة عندنا خلافا لزفر كذا فى القهستانى وليس له ان يضارب
اى ليس للمضارب ان يدفع مال المضاربة الى آخر مضاربة الا باذن رب المال او بقوله اى بقول رب المال
له اعمل برأيك لان الشئ لا يتضمن مثله ولا يرد جواز اذن المأذون لعبده وجواز الكتابة للمكاتب والاجارة
للمستأجر والاعارة للمستعير فيما لم يختلف باختلاف المستعمل فانها امثال لا يجاب فانها فقد تضمنت امثالها
لان المضاربة تضمنت الامانة اولا والوكالة ثانيا وليس للمودع والوكيل الايداع والتوكيل فكذا المضارب
لا يضارب غيره والجواب عن البواقى سيجئ فى مواضعها ان شاء الله تعالى بخلاف الايداع والابضاع لانهما دونه
فيتضمنهما ولا ان يقرض المضارب كاخذ الشفعة والعتق او يستدين اى لا يستقرض على المضاربة كما اذا
اشترى سلعة بثمن دين وليس عنده من مال المضاربة شئ من جنس ذلك الثمن فلو كان عنده من جنسه كان
شراء على المضاربة ولم يكن من الاستدانة فى شئ كذا فى القهستانى نقلا عن شرح الطحاوى قال قاضى خان وليس له ان
يستدين على المضاربة نحو ان يشترى باكثر من مال المضاربة كمن قال له رب المال اعمل فيه برأيك لانه
لم يقل الا ان ... يأذن له بالاستدانة انتهى او يهب ويتصدق لان هذه الاشياء ليست من التجارة اذ المقصود
الاسترباح وهذه تبرعات محضة فلا يتناولها عقد المضاربة الا بتنصيص على الاقراض وما بعده ولا يكفى التفويض
فان اشترى المضارب عند عدم التنصيص بمالها اى بمال المضاربة بزا وقصره اى غسله بالماء بخلاف ما اذا قصر
بالنشاء اذ حكمه حكم الصبغ او حمله من بلد الى بلد على دابة مستأجرة بماله اى بمال المضارب وهو متعلق بالفعلين
فهو اى المضارب متبرع بذلك فلا يرجع بماله على رب المال لانه استدانة على رب المال بلا اذن صريح ولن
للوصل قيل له اى للمضارب عند عقد المضاربة اعمل برأيك لان المراد به التعميم فيما هو من عادة التجار وليس
الاستدانة منها فصار كالهبة والصدقة ونحوهما وله اى للمضارب الخلط بماله لانه من صنيع التجار فيجوز ان
يدخل تحت قوله اعمل برأيك ولو خلط بلا اذن ضمن وقال قاضى خان لو دفع مالا مضاربة الى رجل ولم يقل اعمل
فيه برأيك الا ان معاملة التجار فى تلك البلاد ان المضاربين يخلطون المال ولا ينهاهم رب المال عن ذلك
فعمل فى ذلك قالوا ان غلب التعارف بينهم فى مثل هذا نرجوا ان لا يضمن ويكون المضاربة بينهما على العرف انتهى
وله الصبغ ان قيل له ذلك فلا يضمن به لانه فعل ذلك باذنه ويصير شريكا بما زاد الصبغ بخلاف القصارة لانه
لا يختلط به شئ من ماله واذا كان شريكا فيه يقسم ثمن الثوب بعد البيع على قيمة صبغ المضارب وقيمة الثوب الابيض
للمضاربة فيلغى حصته اى حصة صبغ المضارب له اى للمضارب اذا بيع وحصة الثوب فى المضاربة على قدر
مالهما وان قيدت المضاربة ببلد بعينه كان يقول له على ان تعمل بالكوفة او البصرة او سلعة بعينها كالكرباس
ولو سماه رب المال شيئا فاشترى المضارب شيئا آخر وربح فالربح بينهما يكون على الشرط الا ان يقول قال
اشتر هذا ولا تشتر غير ذلك ذكره قاضى خان او وقت معين او معامل معين فليس له اى للمضارب ان يتجاوز
ذلك لما عرفت ان دفع المال الى رجل مضاربة توكيل والتوكيل بشراء معين يختص به وفى التخصيص فى بلد بعينه
فائدة من حيث صيانة المال عن خطر الطريق وخيانة المضارب وتفاوت الاسعار باختلاف البلدان وفى عدم

من يفقه عليه من فضل فلا يهاف

استحقاق النفقة في مال المضاربة اذا لم يسافر فيجب رعايتها توفير الما هو المقصود وهو الربح وليس له ان يبضع من يخرجه من تلك البلدة لانه اذا لم يملك الاخراج بنفسه لا يملك تفويضه الى غيره وكذا التقييد بالسلعة مفيد لان تفاوت رغبة الناس لبعضها اكثر وكذا التقييد بالزمان مفيد كالمكان وكذا بالمعامل لتفاوت الناس في المعاملة قضاء واقتضاء ومماقشة في الحساب وفي التنزه عن الشبهات كما في الشركة وقد مر في كتابها فان تجاوز المضارب عما عينه رب المال ضمن المال ويكون المشترى والربح له اي للمضارب لانه تصرف فيه بخلاف امره فصار غاصبا وان لم يشتر بمال المضاربة ورده الى البلد الذي عينه سقط الضمان كالمودع المخالف اذا ترك المخالفة ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق وكذا اذا اشترى ببعضه في المصر وبعض آخر في غيره فهو ضامن لما اشتراه في غيره وله ربحه وعليه وضيعته لتحقق الخلاف منه في ذلك القدر والباقي على المضاربة اعتبارا للجزء بالكل ثم شرط الشراء به رواية الجامع الصغير لان الخلاف انما يتحقق بالشراء واما على رواية المبسوط فانها زالت زوالا موقوفا حيث ضمنه بنفس الاخراج قال صاحب الهداية والصحيح ان بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه اما الضمان فوجوبه بنفس الاخراج وانما شرط الشراء للتقرر لا لاصل الوجوب فان قال له عند دفع مال المضاربة عامل اهل الكوفة او قال عند دفع مال الصرف عامل الصيارفة اي اهل الصرف فعامل المأمور في الكوفة غير اهلها اي غير اهل الكوفة التقييد بالمكان وهو الكوفة فاذا اشترى بها فقد وجد ذلك وان كان من غير رجل كوفي وفائدة قوله الصيارفة التقييد بالنوع وهو الصرف فاذا حصل ذلك فلا معتبر بغيره ومبنى ذلك على العرف فان مقتضى اللفظ قد يترك بدلالة العرف والعرف في ذلك المنع عن الخروج من الكوفة صيانة ماله وقد حصل ذلك بها ولما لم يحصل المعامل في العرف بشخص بعينه مع تفاوت الاشخاص دل على ان المراد به نوع الصرف وقد حصل وكذا لو قال اشتر في سوقها اي سوق الكوفة فاشترى في غيره اي في غير سوقها لا يكون مخالفا لعدم صحة التقييد لان المصر مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد بخلاف قوله اشتر في السوق ولا تشتر في غير السوق لانه صرح بالحجر والولاية اليه ونوقض بما لو قال على ان تبيع بالنسيئة ولا تبيع بالنقد فباع بالنقد صح ولم يعد مخالفا وجوابه مبني على اصل وهو ان القيد المفيد من كل وجه متبع وغيره كذلك لغو والمفيد من وجه دون وجه متبع عند النهي الصريح ولغو عند السكوت عنه فالاول كالتخصيص ببلد وسلعة وقد تقدم والثاني كصورة النقض فان البيع بالنقد ابين خير قطعا فكان التقييد مضرا واما الثالث فكالنهي عن غير السوق فانه مفيد من وجه من حيث ان البلد ذات اماكن مختلفة حقيقة وهو ظاهر وحكما فانه اذا شرط الحفظ على المودع في محلة ليس له ان يحفظ في غيرها وقد تختلف الاسعار ايضا باختلاف اماكنه وغير مفيد من وجه وهو ان المصر مع تباين اطرافه جعل كمكان واحد حكما اذا شرط الايفاء في السلم بان يكون في المصر ولم يبين المحلة فاعتبرناه حالة التصريح بالنهي لوجود الحجر ولم نعتبر عند السكوت عنه وان قال خذ هذا المال تعمل بالجزم او الرفع به في الكوفة او فاعمل به فيها او خذه بالنصف بها فهو تقييد لانه يفيد صيانة المال في المصر فقوله تعمل به في الكوفة تفسير لقوله خذه مضاربة وقوله فاعمل به في الكوفة في معناه لان الفاء للوصل والتعقيب والمتصل المتعقب للمبهم تفسير له وكذا قوله خذه بالنصف بالكوفة لان الباء للالصاق فيقتضي الصاق موجب كلامه وهو العمل بالمال ملصقا بالكوفة وهو يكون العمل فيها بخلاف قوله خذه واعمل به فيها لانه اعقبه بما يصح الابتداء ولا فرق في هذا بين ان يكون بواو او بغير واو اما بغير واو

فاعمل

نواضح واما بالواو فلانه حماليحق الابتداء به فاعتبر كلاما مبتدأ فيجعل مشورة كانه قال ان فعلت كذا كان
انفع فان قيل فلم لا يجعل واو الحال كما في قوله ادّ الى الفا وانت حر اجيب بعدم صلاحيته لذلك ههنا لان العمل
انما يكون بعد الاخذ لا حال الاخذ الكل من العناية وللمضارب ان يبيع بنسيئة ما لم يكن اجلا لا يبيع التجار
بان باع الى عشر سنين لخروجه من صنيعهم ذكره في النهاية وقال قاضي خان ولو باع مال المضاربة بما لا يتغابن فيه
الناس او باجل غير متعارف جاز عند ابي حنيفة خلافا لصاحبيه كالوكيل بالبيع اشتر وذكر في الذخيرة والكافي
انه [illegible] لم يجز بلا ذكر خلاف وذكر في القهستاني وان باع بنقد ثم اخر الثمن صح اجماعا اما عند ابي حنيفة ومحمد فلان
الوكيل يملك ذلك فالمضارب اولى لعموم ولايته لكونه شريكا في الربح او بعرضيته ذلك الا ان الوكيل يضمن كما تقدم
والمضارب لا يضمن لان له ان يقايل العقد ثم يبيع نسيئة لانه من صنيع التجار فيجعل تاجيله بمنزلة الاقالة
والبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل فانه يضمن اذا اخر الثمن لانه لا يملك الاقالة والبيع نسيئة بعدما باع مرة لانتهاء
وكالته واما عند ابي يوسف [illegible] فلان المضارب يملك الاقالة والبيع نسيئة كما قاله وان كان الوكيل
لا يملك ذلك وله ان ياذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لكونه من صنيعهم خلافا لما روى ابن
رستم عن محمد انه لا يملك الاذن في التجارة لانه بمنزلة الدفع مضاربة والفرق بينهما ان المأذون لا يصير شريكا
في الربح قال قاضي خان في المضاربة المطلقة له ان ياذن لعبد المضاربة في التجارة في ظاهر الرواية ولا يقرض مال
المضاربة ولا ياخذ سفتجة بمال المضاربة ولا يدفع مال المضاربة سفتجة وان كان رب المال قال له اعمل فيه
برايك الا ان ياذن بالسفتجة نصا ولا يعتق المضارب عبد المضاربة بمال او بغير مال ولا يكاتب وله ان يبيع
عبد المضاربة اذا لحقه دين حاضرا كان رب المال او غائبا انتهى كلام قاضي خان وليس له ان يزوج عبدا او
امة من مالها وعن ابي يوسف انه يزوج الامة لانه من الاكتساب اذ يستفيد به المهر وسقوط النفقة من مال المضاربة
ولهما انه ليس من التجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل بالتجارة فلا يملكه وان كان اكتسابا كالكتابة والاعتاق
على ضعف قيمته فلا يدخل تحت عقد المضاربة ولو تزوج المضارب امة للمضاربة فان كان في المال ربح لا يجوز له
نكاحها اذن له رب المال او لم ياذن وان لم يكن في المال ربح فان تزوجها باذن رب المال يجوز وتخرج الامة
من المضاربة وتصير محسوبة عن راس مال المضاربة على رب المال كذا في قاضي خان ولا يشتري المضارب به اي
بمال المضاربة من يعتق على رب المال سواء كان بسبب القرابة او باليمين بان قال ان ملكته فهو حر لان عقد
المضاربة وضع لتحصيل الربح وذلك يتحقق بالتصرف مرة بعد اخرى ولهذا لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملكه بالقبض
كالخمر والميتة لانتفاء التصرف لتحصيل الربح بخلاف البيع الفاسد لان بيعه بعد القبض ممكن فيتحقق المقصود فيه
ولا يتحقق في شراء ما يعتق عليه بخلاف الوكيل بشراء عبد مطلقا فانه لو اشترى من يعتق على موكله لم يكن مخالفا
لان الربح المحتاج الى تكرر التصرف ليس بمقصود في الوكالة حتى لو كان مقصود الموكل بان قيده بقوله اشتر لي
عبدا ابيعه فاشترى من يعتق عليه كان مخالفا فان اشترى ما يعتق على رب المال كان العبد لنا اي للمضارب
لا لهما اي لا يكون للمضاربة لان الشراء متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف
ثم ان كان نقد الثمن من مال المضاربة يتخير رب المال بين ان يسترد المقبوض من البائع ويرجع البائع على
المضارب وبين ان يضمن المضارب مثل ذلك لانه قضى بمال المضاربة دينا عليه ولا للمضارب ان يشتري
من يعتق عليه اي على المضارب ان كان في المال ربح فان فعل ضمن المضارب لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد

٧١٢
٩٠٩
س

بنصيب رب المال لانتفاء جواز بيعه لكونه مستسعى عند ابي حنيفة او يعتق الكل عندهما على الخلاف المعروف في تجزي
الاعتاق فيمتنع التصرف فينتفي المقصود وان اشتراه بثمن مال المضاربة لانه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن ان
كان نقد الثمن من المضاربة وان لم يكن ربح صح اشتراؤه لانتفاء المانع من التصرف حيث لا شركة له فيه فان
حدث ربح بعد الشراء بان ازدادت قيمته بعد الشراء عتق نصيبه لملكه ذلك القدر ولا يضمن المضارب لرب
المال شيئا لان ازدياد القيمة وتملكه نصيبه من الربح امر حكمي لا صنع له فيه فصار كما اذا ورثه مع غيره كامرأة اشترت
ابن زوجها فمات وتركت زوجا واخا عتق نصيب الزوج ولا يضمن لاخيها شيئا لعدم الصنع منه بل يسعى المعتق
في نصيب رب المال منه وهو رأس المال وحصته رب المال من الربح لانه احتبست مالية العبد عند العبد فيسعى العبد
فيه كما في الوراثة ولو اشترى المضارب بالنصف امة بالف المضاربة وقيمتها الف فوطئها المضارب فولدت
ولدا يساوي الفا فادعاه اي فادعى المضارب ان الولد ابنه موسرا اشترط كون المدعي موسرا نفيا لشبهة
وهي ان الضمان انما هو بسبب دعوة المضارب وهو ضمان اعتاق في حق الولد وضمان الاعتاق يختلف
باليسار والاعسار فكان الواجب ان يضمن المضارب اذا كان موسرا ومع ذلك لا يضمن وذلك لان هذه
الدعوة صحيحة في الظاهر لصدورها من اهلها في محلها حملا على الفراش بالنكاح بان زوجها منه البايع ثم باعها منه فوطئها
فعلقت منه لكن الادعاء لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد من الام والولد مستحق برأس المال
لمال المضاربة اذا صار اعيانا كل واحد منها يساوي رأس المال كما لو اشترى بالف المضاربة عبدين كل واحد منهما
يساوي الفا فانه لا يظهر الربح واذا لم يظهر الربح لم يكن للمضارب في الجارية ملك وبدون الملك لا يثبت الاستيلاد
فصارت قيمته الفا ونصفه بان ازدادت قيمة الولد على مقدار رأس المال فظهر الربح فارتفع المانع ونفذ الدعوة
السابقة بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ازداد قيمة الولد لان ذلك انشاء العتق ولم يصادف محله لعدم الملك
فكان باطلا واذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك واما ما نحن فيه فاخبار فجاز ان ينفذ عند حدوثه
كما اذا اقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه فانه يعتق عليه واذا صحت الدعوة ونفذت ثبت النسب وعتق الولد
لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال من قيمة الولد شيئا لان عتقه ثبت بالنسب والملك فاخرهما يضاف
اليه لان الحكم اذا ثبت بعلة ذات وصفين يضاف الى آخرهما وجودا اصله مسألة السفينة والقدح
المسكر ولا صنع له فيه فلا يكون متعديا وضمان الاعتاق يعتمد ذلك واذا انتفى الضمان بقي احد الامرين الآخرين
كما اشار اليه بقوله استسعاه رب المال لاحتباس ماليته عنده في الف وربعه لان الالف مستحق
برأس المال ونصفه ربح والربح بينهما او اعتقه لكونه قابلا للعتق فان المستسعى كالمكاتب عند ابي حنيفة
فان قبض رب المال الالف فحينئذ ضمن المدعي نصف قيمتها لان الالف المأخوذ من الولد لما استحق برأس
المال لكونه مقدما في الاستيفاء على الربح ظهر ان الجارية كلها ربح فيكون بينهما وقد تملك المدعي نصيب رب المال
منها بجعلها ام ولد بالدعوة السابقة فيضمن وضمان التملك لا يستدعي صنعا بل يعتمد التملك وقد حصل
كما اذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة فانه يضمن لشريكه نصيبه كالاخ تزوج بجارية اخيه فاستولدها
وترك الجارية ميراثا بين الزوج واخ آخر فملكها الزوج بغير صنعه ويضمن نصيب الشريك بخلاف ضمان الولد فانه ضمان
اعتاق وهو اتلاف فلا بد من التعدي وهو لا يتحقق بدون صنعه ديني انه لم يذكر العقد وهو من المضاربة لانه بدل
المنافع فصار كالكسب كذا في العناية باب المضارب يضارب مضاربة المضارب مركبة واخرها عن المفرد

فان ضارب

فان ضارب المضارب يعني اذا دفع المضارب مال المضاربة الى غيره مضاربة بلا اذن من رب المال فلا
ضمان على المضارب الاول ما لم يعمل المضارب الثاني فاذا عمل ضمن الاول ربح الثاني او لا في ظاهر الرواية
وهو قولهما قال في العناية ثم رجع ابو يوسف وقال ضمن بالدفع وبه قال زفر لان ما يملكه المضارب هو الدفع على
سبيل الايداع لعدم الاذن بغيره ودفع المضارب مضاربة ليس على وجه الايداع فلا يملكه ولهما ان دفعه
ايداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال قبله موقوفا فان عمل ضمن والا فلا وفي رواية الحسن عن الامام
لا يضمن الاول ما لم يعمل اي يعمل الثاني ايضا اي كما لا يضمن بمجرد الدفع ما لم يربح الثاني لان الدفع قبل العمل ايداع
وبعده ابضاع والعمل لان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما لعدم المخالفة بهما الا انه اذا ربح فقد اثبت له شركة
في المال فصار مخالفا لاشتراك الغير في ربح مال رب المال في ذلك اتلاف فيوجب الضمان كما لو خلطه بغيره
هذا اذا كانت الثانية صحيحة وان كانت المضاربة الثانية فاسدة فلا ضمان على الاول وان للوصل ربح الثاني
لان الثاني اجير فيه وله اجر مثله فلم يثبت الشركة الموجبة للضمان ثم حيث ضمن فلرب المال تضمين ايهما شاء
في المشهور هذا عندهما ظاهر وكذا عنده لكن لا بد من بيان فرق بين هذه المسألة وبين مودع المودع ووجه
بان المودع الثاني يقبضه لمنفعة الاول فلا يضمن والمضارب الثاني يعمل فيه لمنفعة نفسه من حيث شركته في الربح
فجاز ان يكون ضامنا ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة لانه ملكه بالضمان من وقت المخالفة بالدفع على وجه
لم يرض به رب المال فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول بسبب العقد لانه عامل للمضارب
الاول كما في المودع ولانه الاول قد غره اذ الثاني اعتمد على قوله في ضمن عقد المعاوضة والمغرور في ضمن العقد يرجع
على الغار وتصح المضاربة الثانية والربح بينهما على ما شرطا ويطيب الربح للثاني لا للاول لان الثاني يستحقه بعمله ولا
خبث فيه والاول يستحقه بملكه المستند باداء الضمان ولا يعرى عن نوع خبث لانه ثابت من وجه دون وجه فسبيله
التصدق وقيل على الخلاف المعروف في ايداع المودع من انه لا يضمن الثاني عند ابي حنيفة ويضمن عندهما وسيأتي في
الوديعة وان اذن رب المال له اي للمضارب بالنصف بالمضاربة به فضارب اي فخالف بان دفعه الى آخر
بالثلث فتصرف الثاني وربح وقد قيل له اي للاول ما رزق الله فهو بيننا نصفان او فلي نصفه او ما فضل نصفان
فنصف الربح لرب المال وثلثه للثاني وسدسه للاول لان الدفع الى الثاني مضاربة قد صح لوجود الامر به من المالك
وقد شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله فلم يبق للاول الا النصف فينصرف تصرفه الى نصيبه وقد جعل من ذلك
بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون له فلم يبق الا السدس ويطيب لهما ذلك لان فعل الثاني واقع للاول كمن استوجر
على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر غيره عليه بنصف درهم ولو ابضع المال مع غيره او ابضعه رب المال حتى ربح
كان نصيب المضارب من الربح طيبا له وان لم يعمل بنفسه وان كان رب المال قال للمضارب على ان ما رزق الله
فلي نصفه واذن له ان يضارب او قال ما كان من فضل فبيني وبينك نصفان ثم دفع الاول الى آخر مضاربة
بالنصف فتصرف فحصل الربح فنصفه اي الربح لرب المال ونصفه الآخر من الربح للثاني اي للمضارب الثاني
ولا شيء للاول لان رب المال جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الاول النصف للثاني الى جميع
نصيبه فيكون للثاني بالشرط فيخرج الاول بغير شيء كمن استوجر ليخيط ثوبا بدرهم فاستأجر غيره ليخيط
بمثله وان شرط الاول للثاني اي للمضارب الثاني الثلثين وقد شرط رب المال لنفسه النصف فكما شرط
فيكون لرب المال النصف وللمضارب الثاني الثلث ويضمن الاول للثاني سدسا اي سدس الربح

في ماله لانه شرط للثاني شيئا وهو مستحق لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه من الابطال لكن التسمية في نفسها صحيحة
لكون المسمى معلوما في عقد تملكه وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به ولانه غره في ضمن العقد وهو سبب الرجوع
فلهذا يرجع عليه وهو نظير من استوجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه الى من يخيطه بدرهم ونصف كذا في الهداية
وان كان قيل له اي للمضارب الاول ما رزقك الله او ما ربحت بيننا نصفان فاذن له في المضاربة فدفع
الى الثاني بالثلث فلكل منهم ثلثه لانه فوض اليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق الله الاول وربحه وقد
رزق الله الثلثين بعد ما اخذ الثاني من الربح الثلث المشروط له فيكون الثلثان بين رب المال والمضارب
الاول بخلاف المسئلة الاولى لانه جعل لنفسه نصف جميع الربح لا ما رزق الله الاول فقط فافترقا وان قال له رب المال
ما ربحت من شيء فبيني وبينك نصفان ثم دفع الاول الى الثاني بالنصف فللثاني نصف ولكل واحد من الاول
ورب المال ربع لان الاول شرط للثاني نصف الربح بعد ما فوض رب المال التصرف اليه فاستحق الثاني النصف
وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الاول ولم يربح الا النصف فيكون بينهما فاصاب كلا منهما ربع الربح ولو
ولو شرط المضارب لعبد رب المال ثلثا من الربح ليس هذا احترازا عن الاول لان حكم عبد المضارب فيما نحن
فيه حكم عبد رب المال فيجوز ان يكون احترازا عن الثاني فانه اذا شرط ذلك للاجنبي على ان يعمل مع المضارب
صح الشرط والمضاربة جميعا وصارت المضاربة مع الرجلين وان لم يشترط عمل الاجنبي معه صحت المضاربة
مع الاول والشرط باطل ويجعل الثلث المشروط للاجنبي كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لان الربح انما يستحق
براس المال او بالعمل ولم يوجد من ذلك شيء ليعمل العبد معه اي مع المضارب احترازا عما اذا لم يشترط ذلك فان
تفصيلا اما ان يكون على العبد دين او لا فان لم يكن صح الشرط سواء كان العبد عبد المضارب او عبد رب المال
لانه لما تعذر تصحيح هذا الشرط في حق العبد لما ذكرنا من انتفاء ما يوجب استحقاق الربح في حقه جعلناه شرطا
في حق مولاه لان ما شرط للعبد شرط لمولاه اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فان كان عبد المضارب فعلى
قول ابي حنيفة لا يصح الشرط والمشروط كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لانه تعذر تصحيح هذا الشرط للعبد وتعذر تصحيحه
للمضارب لانه لا يملك كسب عبده عند ابي حنيفة اذا كان على العبد دين وعندهما يصح الشرط ويجب الوفاء
به وان كان عبد رب المال فالمشروط لرب المال بلا خلاف فاما اذا شرط ان يعمل العبد كما هو المذكور في
الكتاب صريحا فهو جائز على ما شرطا سواء كان على العبد دين او لم يكن لان للعبد يدا معتبرة لا سيما اذا
كان ماذونا له واشتراط العمل اذن له ولهذا يجوز بيع المولى من عبده الماذون المديون كما سياتي واذا
كان له يد معتبرة لم يكن اشتراط عمله مانعا من التسليم والتخلية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل
على رب المال لانه مانع من التسليم كما مر وشرط لرب المال ثلثا ولنفسه اي المضارب ثلثا صح الشرط
والمضاربة فيكون الثلث للمضارب والثلثان للمولى لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين واذا
كان عليه دين فهو للغرماء هذا اذا كان العاقد هو المولى ولو عقد الماذون له عقد المضاربة مع اجنبي وشرط
العمل على المولى لا يصح ان لم يكن عليه دين لان هذا اشتراط العمل على المالك وان كان على العبد دين
صح عند ابي حنيفة لان المولى بمنزلة الاجنبي عنده وتبطل المضاربة بموت احدهما اي بموت رب المال او
المضارب فلو مات رب المال بطلت المضاربة سواء علم المضارب بذلك او لم يعلم لانه توكيل على ما تقدم
وبموت الموكل تبطل الوكالة فرع مات المضارب وعليه ديون فرب المال احق براس ماله وحصته من الربح

ان كانت

ان كانت المضاربة معروفة واذا قال المضارب هذه الالف مضاربة في يدي وليس عليه دين صح اقراره
من جميع المال لانعدام التهمة وان كان عليه دين الصحة لا يصدق في حق غريم الصحة وان كان عليه دين المرض
ابتدا بالمضاربة ثم بالدين كان المال لصاحب المضاربة وان بدا بالدين ثم بالمضاربة تحاصا المضارب
اذا اقر في مرضه انه ربح الفا ثم مات من غير بيان لا ضمان عليه لانه لم يقر بوصول المال الى نفسه ولو اقر انه ربح
الفا ووصل اليه ثم مات يوخذ ذلك من تركته لانه مات مجهلا للامانة ولو خرج المضارب بعد ما [illegible] مات
رب المال الى مصر رب المال لا يضمن استحسانا كذا في قاضيخان وتبطل بلحاق المالك بدار الحرب مرتدا لان
اللحوق مرتدا بمنزلة الموت حتى يقسم ماله بين ورثته هذا اذا لم يعد مسلما اما اذا عاد مسلما قبل القضاء
او بعده فكانت المضاربة كما كانت اما قبل القضاء فلانه بمنزلة الغيبة وهي لا توجب بطلان المضاربة
واما بعده فلحق المضارب كما لو مات حقيقة واما قبل لحوقه فيتوقف تصرف المضارب عند ابي حنيفة لان
المضارب متصرف لرب المال فكان كتصرف رب المال بنفسه وتصرفه موقوف عنده فكذا التصرف من نصبه
له لا بلحاق المضارب يعني اذا كان المضارب هو اللاحق مرتدا فالمضاربة على حالها في قولهم جميعا حتى لو اشترى
وباع وربح او وضع ثم قتل على ردته او مات بدار الحرب فان جميع ما فعل من ذلك جائز والربح بينهما على ما شرطا
لان له عبارة صحيحة لان صحتها بالآدمية والتمييز ولا خلل في ذلك والعبارة الصحيحة مبنى صحة الوكالة وتوقف
تصرف المرتد لتعلق حق الوارث ولا توقف في ملك رب المال لعدم تعلقهم به فبقيت المضاربة الا ان ما يلحقه
من العهدة فيما باع واشترى يكون على رب المال في قول ابي حنيفة لان حكم العهدة يتوقف بردته لانه لو لزمته
لقضي من ماله ولا تصرف له فيه فكان كالصبي المحجور اذا توكل عن غيره بالبيع والشراء وفي قولهما حاله في التصرف
بعد الردة كهي قبلها فالعهدة عليه ويرجع على رب المال ولا ينعزل المضارب بعزله اي بعزل رب المال ما لم يعلم
المضارب به اي بعزله فان لم يعلم حتى اشترى وباع جاز تصرفه لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف
على علمه فان علم بعزله والمال عروض فله اي للمضارب بيعها فلا يمنعه العزل عن ذلك نقدا او نسيئة حتى لو نهاه عن
البيع نسيئة لم يعمل نهيه لان حقه قد ثبت في الربح بمقتضى صحة العقد والربح انما يظهر بالقسمة والقسمة تبتني على
راس المال بتمييزه وراس المال انما يحصل بالبيع كذا في شروح الهداية ونفقة الطلب في مال المضارب اذا كان الدين
في مصره والا ففي مال المضاربة ذكره في القهستاني نقلا عن الذخيرة واذا باع العروض لا يتصرف في ثمنها لان العزل
انما لم يعمل ضرورة معرفة راس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل فان كان نقدا من جنس راس المال
بان كان المال الموجود دراهم وراس المال كذلك لا يتصرف فيه لانه ليس في اعمال عزله ابطال حقه في الربح
لظهوره فلا ضرورة في ترك الاعمال وان كان من غير جنسه بان كان المال دنانير وراس المال دراهم او بالعكس
فله اي للمضارب تبديله بجنسه استحسانا وفي القياس لا يبدل لان النقدين جنس واحد من حيث الثمنية وجه
الاستحسان ان الربح لا يظهر الا عند اتحاد الجنس وصار كالعروض وعلى هذا موت رب المال اذ الموت عزل حكمي
وهو كالقصدي في حق المضارب ففي كل موضع لم يصح العزل القصدي لم يصح الحكمي لان عدم العزل لما فيه من ابطال
حق المضارب ولا تفاوت في هذا بين العزلين ولو افترقا وفي المال دين على الناس لزمه الاقتضاء ان كان
ربح يعني اجبره الحاكم على اقتضاء الديون لكونه بمنزلة الاجير واجره الربح والا اي وان لم يكن ربح فلا يلزمه
الاقتضاء لانه وكيل محض حينئذ والوكيل متبرع والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به ويوكل المضارب المالك

اى بالاقتضاء لان الحقوق ترجع الى الوكيل فلا بد من توكيل المضارب المالك اذا امتنع عن الاقتضاء لعدم الربح وكذا سائر الوكلاء فانهم يوكلون الملاك اذا امتنعوا عن الاقتضاء والبياع وهو الدلال والسمسار وهو اسم لمن يعمل للغير بالاجرة بيعا وشراء يجبران عليه اى على الاقتضاء لانهما يعملان بالاجر عادة واذا وصل اليه اجبر على تمام عمله واستيجاره قلما يخلو عن فساد لانه اذا استوجر على شراء شئ فقد استوجر على ما لا يستقل به لان الشرى لا يتم الا بمساعدة البايع على بيعه وقد لا يساعده وقد يتم بكلمة وقد لا يتم بعشر كلمات فكان فيه نوع جهالة والاحسن فى ذلك ان يامر بالبيع والشراء ولم يشترط له اجرا فيكون وكيلا معينا له ثم اذا فرغ من عمله عوضه باجر المثل هكذا روى عن ابى يوسف ومحمد وما هلك من مال المضاربة صرف الى الربح اولا الاصل فى هذا ان الربح لا يتبين قبل وصول راس المال الى رب المال قال صلى الله عليه وسلم مثل المؤمن كمثل التاجر لا يسلم ربحه حتى يسلم له راس ماله فكذلك المؤمن لا يسلم له نوافله حتى يسلم فرائضه او قال فرائضه ولان راس المال اصل والربح تبع ولا معتبر بالتبع قبل حصول الاصل فمتى هلك منه شئ استكمل من التبع فان زاد الهلاك على الربح لا يضمن المضارب لانه امين وان اقتسماه اى الربح وفسخت المضاربة ثم عقدت فهلك المال فى يد المضارب كله او بعضه لا يترادان الربح الاول لان المضاربة الاولى قد انتهت والثانية عقد جديد فهلاك المال فى العقد الثانى لا يوجب انتقاض الاول كما لو دفع اليه مالا آخر وان اقتسماه اى الربح من غير فسخ عقد المضاربة فهلك المال ترادّاه اى الربح حتى يتم راس المال لان القسمة تفيد ملكا موقوفا ان بقى ما عند راس المال الى وقت الفسخ كان ما اخذه كل منهما ملكا له وان هلك بطلت القسمة وتبين ان المقسوم من راس المال فان فضل شئ من الربح اقتسماه وان لم يف الربح براس المال فلا ضمان على المضارب لما مر انه امين فصل فيما يفعله المضارب ولا ينفق المضارب على نفسه من مالها اى من مال المضاربة فى مصره الذى ولد فيه لان نفقته انما كانت من مالها لاحتباسه نفسه لعمل المضاربة وما دام فى مصره غير محتبس لانه ساكن بالسكنى الاصلى او فى مصر اتخذه المضارب دارا قيد به لانه لو نوى الاقامة ولم يتخذه دارا فله النفقة ولا فى المضاربة الفاسدة لان المضارب فيها اجير ونفقة الاجير على نفسه فان سافر قدر يوم فصاعدا فلو خرج الى موضع يمكنه ان يروح الى منزله فلا نفقة لانه فى حكم مصره فاذا سافر قدر يوم لعمل المضاربة فطعامه وشرابه فى مالها اى فى مال المضاربة بالمعروف عند التجار وبلا اسراف فى الانفاق والقياس ان لا يستوجب النفقة فى مال المضاربة ولا على رب المال لانه بمنزلة الوكيل والمستبضع عامل لغيره بامره او بمنزلة الاجير بما شرط لنفسه من الربح ولا يستحق احد من هؤلاء النفقة فى المال الذى يعمل به الا انا تركناه فيما اذا سافر بالمال لاجل العرف وفرقنا بينه وبين المستبضع بانه متبرع بعمله لغيره وبين الاجير بانه عامل له ببدل مضمون فى ذمة المستاجر وذلك يحصل له بيقين فلا يتضرر بالانفاق من ماله اما المضارب فليس له الا الربح وهو فى حيز التردد وقد يحصل وقد لا يحصل فلو انفق من ماله يتضرر به وكذا الكسوة وركوبه شراء او استيجارا كل ذلك بالمعروف وكذا اجرة خادمه واجرة فراش ينام عليه وغسل ثيابه والدهن فى موضع يحتاج فيه اليه كالحجاز للشعث اذا كان طويل الشعر وسخ الثياب ماشيا فى حوائجه يعد من الصعاليك ويقل معاملوه فضار مما يكثر الرغبات فى المعاملة من جملة النفقة فالحق بذلك ما كان من معدات تثمير المال اجر من يطبخ له وعلف دابة الركوب والحطب واجرة الحمام والحلاق كذا فى العناية والاختيار وذكر فى شرح الطحاوى ان ثمن الحجامة والفصد والتنوير والادهان من ماله نقله القهستانى

وضمن

وضمن ما كان زائدا على الحاجة والعادة المعروفة بين التجار فالتصرف الزائد عليها يكون تعديا فيضمن ونفقته فى مصره من ماله اى من مال المضارب لا من مال المضاربة والدواء فانه فى مال المضارب فى ظاهر الرواية وعن ابى حنيفة انه يدخل فى النفقة لانه لاصلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة الا به فصار كالنفقة وجه الظاهر ان الحاجة الى النفقة معلوم الوقوع والى الدواء بعارض المرض ولهذا كانت نفقة المراة على الزوج ودواؤها فى مالها كذا فى الهداية ويرد المضارب ما بقى من كسوة وغيرها اذا قدم الى راس المال يعنى اذا اخذ شيئا للنفقة وهو مسافر فقدم مصره وبقى معه شئ منه رده فى المضاربة لانتهاء الاستحقاق كالحاج عن الغير اذا فضل معه شئ من النفقة بعد الرجوع ذكره فى العناية كالغازى فان له ان ياكل ويعلف دابته من الغنيمة فان بقى شئ من ذلك يرده اليها ذكره ابن ملك ثم اشار الى الحد الفاصل بين الحضر والسفر بقوله وما دون السفر اى ما دون ثلاثة ايام ولياليها كسوق يعنى كسواد المصر ان امكنه ان يغدو اى يذهب المضارب الى ما دونه غدوة ثم يرجع ويبيت فى اهله والا اى وان لم يمكنه الذهاب اليه ثم الرواح منه والبيتوتة مع الاهل فكالسفر فيكون نفقته فى مال المضاربة للاحتباس ههنا وعدمه ثمة وليس للمستبضع الانفاق من مالها اى من مال البضاعة لما تقدم ويؤخذ ما انفقه المضارب من الربح اولا يعنى لو انفق المضارب من راس المال ثم ربح يأخذ رب المال راس ماله اولا كاملا فتكون النفقة مصروفة الى الربح دون راس المال وبعد ما استوفاه لو فضل شئ من الربح قسم بينهما على ما شرطا والحاصل انه يبدا اولا براس المال ثم بالنفقة ثم بالربح الاهم فالاهم وان سافر المضارب بماله ومال المضاربة او بمالين لرجلين او خلط ماله بمال المضاربة باذن رب المال انفق بالحصة ولو كان احد المالين بضاعة فالجميع على المضاربة لان السفر واقع لها ولو انفق من مال نفسه او استدان لنفقته رجع فى مال المضاربة كذا فى الاختيار ولو باع المضارب متاع المضاربة مرابحة حسب ما انفق عليه اى على المتاع من حمل ونحوه كاجرة السمسار والصباغ والقصار لا يحسب نفقة نفسه لان العرف جار بالحاق الاول دون الثانى ولان الاول يوجب زيادة فى المالية بزيادة القيمة والثانى لا يوجبها ولو شرى مضارب بالنصف بالف المضاربة بزا وباعه بالفين واشترى بهما اى بالالفين عبدا نضاعا فى يده اى فى يد المضارب قبل نقدهما اى نقد الالفين يغرم المضارب ربعهما اى ربع الالفين وهو خمسمائة ويغرم المالك الباقى منهما وهو الف وخمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وباقيه وهو ثلاثة ارباعه للمضاربة وراس المال الفان وخمسمائة ولا يبيعه مرابحة الا على الفين يعنى يبيعه مرابحة يقول قام على بالفين فقط اى لا يذكر خمسمائة لان الشراء وقع بالفين فلا يضم اليه الخمسمائة التى وقعت بسبب الهلاك فى يد المضارب فلو بيع باربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة آلاف فالفان وخمسمائة منها راس المال والربح منها خمسمائة بينهما نصفان ومبنى هذه المسئلة على اصل وهو ان ضمان رب المال للبايع بسبب هلاك مال المضارب غير مانع لها فالمضمون على المضاربة والربح بينهما على ما شرطا وضمان المضارب للبائع بسبب هلاكه مانع عنها وتحقيقه ما ذكره فخر الاسلام فى رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة فاشترى بها بزا فهو مضاربة فاذا باعه بالفين ظهرت حصة المضارب وهى خمسمائة فاذا اشترى جارية بالالفين وقع ربعها للمضارب لان ربع الثمن له وثلاثة ارباعه لرب المال فاذا هلك الثمن كان غرم الربع على المضارب وهو خمسمائة والباقى على رب المال فاذا غرم المضارب ربع

الثمن ملك ربع الجارية لا محالة واذا ملك ربعها خرج ذلك من المضاربة لان مبنى المضاربة على ان المضارب امين
فيكون الضمان منافيا لها ولو ابقينا نصيبه على المضاربة لابطلنا ما غرم لانه لا يصلح ان يجعل ذلك راس
المال فيصير مضاربا بالنفقة وهو لا يصلح ثم لو باع الجارية باربعة الاف صار ربع الثمن للمضارب خاصة
وذلك الف فبقيت ثلاثة الاف فذلك على المضاربة لان ضمان رب المال يلايم المضاربة ولا يضيع
ما يضمن بل يلحق براس المال واذا كان كذلك كان راس المال في ذلك الفين وخمسماية والخمسماية
ربح بينهما نصفين ولو كان معه الف واشترى رب المال عبدا بخمسماية وباعه من المضارب بالف لا يبيعه
مرابحة الا على خمسماية لان هذا البيع مقضي بجوازه لتغاير المقاصد لان مقصود رب المال وصوله الى الالف مع
بقاء العبد ومقصود المضارب استفادة اليد على العبد فجوز دفعا للحاجة وان كان بيع ملكه بملكه الا ان
فيه شبهة عدم الجواز لانه لم يزل به عن ملك رب المال عبد كان في ملكه ولم يستفد به الف لم يكن في ملكه
والشبهة ملحقة بالحقيقة في المرابحة اذ هي مبنية على الامانة فاعتبر اقل الثمنين وهو خمسماية لثبوته من كل وجه
والاكثر ثابت من وجه دون وجه بالنظر الى انه بيع ماله بماله ولو اشترى مضارب بالنصف بالف المضاربة
عبدا يعدل الفين يعني اذا كان مع المضارب الف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته الفان فقتل العبد
رجلا خطأ كان الدفع والفداء اليهما فان دفعا بطلت المضاربة لهلاك مال المضاربة وان فدياه فربع الفداء
عليه اي على المضارب وباقيه وهو ثلاثة ارباعه على المالك لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدره وكان الملك
بينهما ارباعا لان راس المال لما صار عينا واحدا ظهر الربح وهو الف بينهما ولهذا اعتق الربع ان كان العبد قريبه
والف هو راس المال بخلاف ما اذا كان عينين فانه لا يظهر الربح لعدم الاولوية واذا فديا خرج العبد عن المضاربة
اما نصيب المضارب فلانه صار مضمونا عليه فلا يكون امانة ومال المضاربة امانة واما نصيب رب المال
فلقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما فانه يتضمن انقسام العبد بينهما لاستخلاص كل منهما بالفداء ما يخصه
والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما اذا ضاع الالفان في المسئلة المتقدمة حيث لا ينتهي المضاربة هناك لان
لان جميع الثمن فيه على المضارب العاقد فالدفع والفداء ليس بالعقد حتى يكون عليه ويخدم العبد المضارب
يوما والمالك ثلاثة ايام بقدر حقهما ولو اشترى بالف المضاربة عبدا وهلكت الالف قبل نقده الى البايع
دفع المالك الثمن الى المضارب مرة اخرى ثم وثم اي هكذا ان هلك في الدفعة الثانية والثالثة وجميع ما
دفع راس المال وذلك لان المال في يده امانة وقد هلك وبقي عليه الثمن دينا وهو عامل لرب المال
فيستوجب عليه مثل ما وجب عليه من الدين وبالقبض ثانيا لا يصير المضارب مستوفيا لان الاستيفاء انما
يكون بقبض مضمون وقبض المضارب ليس بمضمون بل هو امانة وبينهما منافاة فلا يجتمعان واذا
لم يكن مستوفيا كان له ان يرجع على رب المال مرة بعد اخرى الى ان يسقط عنه العهدة بوصول الثمن الى
البايع ولو كان مع المضارب الفان فقال للمضارب دفعت الي الفا وربحت الفا وقال المالك بل
دفعت اليك الفين فالقول للمضارب وكان ابو حنيفة يقول اولا القول قول رب المال وهو قول
زفر لان المضارب يدعي الشركة وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع وقال القول للمضارب لان الاختلاف
في الحقيقة في مقدار المقبوض والقول في ذلك قول القابض ضمينا كان كالغاصب او امينا كالمودع
لكونه اعرف بمقدار المقبوض ولو اختلفا مع ذلك اي مع الاختلاف في راس المال في قدر الربح مثل ان يقول

رب المال

رب المال راس المال الفان والمشروط ثلث الربح ويقول المضارب راس المال الف والمشروط نصف
فللمالك يعني القول في الربح لرب المال وفي راس المال للمضارب كما كان اما في راس المال فلما مر من
الدليل واما في الربح فلان الربح مستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته ولو انكر اصل الشرط بان قال كان المال بيدك
بضاعة كان القول له فكذا اذا انكر الزيادة وايهما اقام البينة على ما ادعاه من فضل قبلت بينة رب المال
على ما ادعى من الفضل في راس المال وبينة المضارب على ما ادعى من الفضل في الربح لان البينات للاثبات
ولو كان الاختلاف في صفة راس المال كما اذا قال من معه الف درهم قد ربح فيها هي مضاربة زيد بالنصف
وقال زيد بل هي بضاعة فالقول لزيد لان المضارب يدعي عليه تقويم عمله بمقابلة الربح او شرطا من جهته بمقدار
من الربح او الشركة فيه وهو ينكر فكذا لو قال ذو اليد وهو المضارب هي اي الالف قرض وقال زيد هي بضاعة
او وديعة او مضاربة فالقول لزيد والبينة للمضارب لانه يدعي عليه تمليك الربح وهو ينكر وسماه مضاربا
وان اتفقا على عدمه لاحتمال ان يكون مضاربا في الاول ثم اقرضه ولو اقاما البينة فالبينة للمضارب لانها
تثبت التمليك واما اذا ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة فالقول للمضارب لاتفاقهما على الاخذ
بالاذن ورب المال يدعي على المضارب الضمان وهو ينكر والبينة لرب المال ان اقاما لانها تثبت الضمان
ولو كان الاختلاف في العموم والخصوص بان قال المضارب اطلقت وقال المالك عينت نوعا ففي المسئلة وجوه
فاما ان يكون الاختلاف قبل التصرف او بعده فان كان الثاني فاما ان يكون مدعي العموم هو رب المال او المضارب
فان كان هو المضارب وهو المذكور في هذا الكتاب فالقول للمضارب مع يمينه استحسانا لان الاصل فيها
العموم والتخصيص بالشرط بدليل انه لو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف صح وملك به جميع التجارات فلو
لم يكن مقتضى العقد العموم لما صح الا بالتنصيص على ما يوجب التخصيص كالوكالة واذا كان كذلك كان مدعي العموم
متمسكا بالاصل فكان القول له وان كان الاول وهو الاختلاف قبل التصرف فاما ان ينكر رب المال الخصوص
او العموم فاذا انكر الخصوص فالقول له وهو ظاهر لان العموم هو الاصل كما ذكرنا وكذا اذا انكر العموم لانه يجعل
انكاره ذلك نهيا له عن العموم اذ له ان ينهى عنه قبل التصرف اذا ثبت منه العموم نصا فههنا اولى واما اذا
ادعى رب المال العموم بعد التصرف فالقول له قياسا واستحسانا ولو ادعى كل واحد من رب المال والمضارب
نوعا على حدة فللمالك اي القول لرب المال لاتفاقهما على التخصيص والاذن يستفاد من جهته والبينة بينة المضارب
ولو وقتت كل من البينتين وقتا فصاحب الوقت الاخر اولى لان آخر الشرطين ينقض الاول وان لم توقتا
او وقتا على السواء او وقت احديهما دون الاخرى فالبينة لرب المال لتعذر القضاء بهما فيعمل ببينة رب المال
لانها تثبت ما ليس بثابت كذا في العناية فروع ولو اختلف رب المال والمضارب فقال رب المال شرطت
لك ثلث الربح وزيادة عشرة دراهم وقال المضارب بل ثلث الربح كان القول قول المضارب لان رب
المال متعنت ليس في دعواه الا فساد العقد ولو اقام رب المال البينة قبلت بينته لانه اقامها على فساد
العقد ولو قال رب المال شرطت لك ثلث الربح الا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي ثلث الربح
كان القول لرب المال وان كان فيه فساد العقد لانه ينكر زيادة يدعيها المضارب والبينة بينة المضارب
لانها قامت على اثبات الزيادة ولو قال رب المال شرطت لك نصف الربح وقال المضارب شرطت لي مائة
درهم او لم تشترط لي شيئا ولي اجر المثل كان القول لرب المال لان المضارب يدعي اجرا في ذمته وهو ينكر

وان اقاما البينة فالبينة بينة المضارب لانها قامت على اثبات الدين فى ذمة الآخر ولو وقع مثل هذا فى
المزارعة كانت البينة للدافع لان المزارعة لازمة فان من لا بذر له يجبر على العمل فكانت البينة المجوزة اولى اما
المضاربة ليست بلازمة يرجح بالضمان لا بالتصحيح كذا فى قاضى خان **كتاب الوديعة** عقب المضاربة
بالوديعة لان كلا منهما دفع المال الى الامين ولما كان وضعه عند المتر وهو المضارب احب بالطبع قدم المضاربة
وليس فى الوديعة ذلك التثمير غالبا فاخرها وقد مرت اليه الاشارة فى اول كتاب الاقرار ومن محاسنها اشتمالها
على بذل منافع بدنه وماله فى اعانة عباد الله واستجابة الاجر والثناء على ذلك وسببها البقاء المقدور بتعاطيها
من حيث التعاضد وشرعيتها بقوله تعالى ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها باطلاقه وتفسيرها لغة الترك
سميت الوديعة بها لانها تترك بيد الامين وهى مشتقة من الودع وهو الترك ومنه الموادعة فى الحرب وهى
ان يترك كل واحد من الفريقين الحرب وقال عليه السلام لينتهين اقوام عن ودعهم الجماعات او ليختمن الله على
قلوبهم ثم ليكونن من الغافلين اى تركهم الجماعات ومنه الوداع لان كل واحد منهما يترك صاحبه ويفارقه او اكثر
من الحفظ قال عليه السلام فى حديث وداع المسافر استودع الله دينك وامانتك اى استحفظه الله واطلب منه حفظها
فكان الوديعة تترك عند المودع للحفظ ولهذا لا يودع عادة الا عند من يعرف بالامانة والديانة الايداع
تسليط المالك غيره على حفظ ماله اى وضع المالك ماله عند غيره قصدا للحفظ فيقع المال وديعة عند قبول الغير والوديعة
ما ارمال يترك عند الامين فى ظن المالك والترك غالبا للحفظ فخرج العارية لانها للانتفاع لا للحفظ هذا تفسيرها
شرعا والشرط كون المال قابلا لاثبات اليد عليه ليتمكن من حفظه وحفظ الشئ من غير اثبات اليد عليه غير متصور
حتى لو اودع الآبق او الطير فى الهواء او المال الساقط فى البحر لا يصح وكون المودع مكلفا شرط لوجوب الحفظ
وركنها الايجاب والقبول اما صريحا او دلالة فالصريح قوله اودعتك هذا المال وقال الآخر قبلت ولا يتم
فى حق الحفظ الا بذلك ويتم بالايجاب وحده فى حق الامانة حتى لو قال المالك للغاصب اودعتك المغصوب برئ
عن الضمان وان لم يقبل لان صيرورة المال امانة حكم يلزم صاحب المال لا غير فتثبت به وحده فاما وجوب
الحفظ فيلزم المودع فلا بد من قبوله واما الدلالة فكما اذا وضع ثوبه بين يدى رجل ولم يقل شيئا او قال هذا وديعة
عندك وسكت الرجل فذهب صاحب الثوب صار مودعا حتى لو غاب الرجل ايضا وترك الثوب ثمة فضاع
كان ضامنا لان هذا ايداع وقبول عرفا كذا فى الاختيار وشروح الهداية ولو قال لم اقبله لم يضمن بالهلاك
لان الدلالة لا يعارض الصريح واذا دخل رجل الحمام وقال لصاحب الحمام اين اضع ثيابى فقال صاحب الحمام
ثمة فوضع ودخل الحمام ثم خرج رجل آخر واخذ ثيابه فصاحب الحمام ضامن وان وضع الثياب برأى عين صاحب
الحمام ولم يقل شيئا وباقى المسئلة بحالها فان كان للحمام ثيابى فالضمان عليه والا فعلى صاحب الحمام وفى عقيب
فتاوى ابى الليث رجل من اهل المجلس قام وترك كتابه ثمة فذهبوا جملة وتركوا الكتاب فضاع الكتاب فالكل
ضامنون فان قام واحد بعد واحد فالضمان على آخرهم لان فى الوجه الاول الكل حافظون وفى الوجه الثانى
تعين الآخر حافظا لكن باع قفيز حنطة من قفيزين ثم هلك منهما قفيز يتعين القفيز الباقى الكل من المحيط وهى
اى الوديعة امانة فان قلت الوديعة والامانة هل هى مفهوما وحكما فلا يجوز حمل احدهما على الاخر مثل الان
الانسان فالجواب انا لا نسلم ذلك بل هما متغايران مفهوما وحكما اما الاول فلان الوديعة خاصة فانها
المستحفظة قصدا والامانة اعم فانها قد تكون بغير عقد كما اذا هبت الريح فى ثوب انسان فالقته فى بيت غيره

فانه

فانه امانة وليس بوديعة وحمل العام على الخاص صحيح دون العكس فصار كحمل الحيوان على الانسان واما
الثانى فلان حكم الوديعة ان يبرأ عن الضمان بالعود من الخلاف الى الوفاق بان ينزل عن المركب المودع
الذى ركبه تعديا او رده الى يده بعد ان اودعه ولا يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق فى الامانة الا بالتسليم
الى صاحبها كذا فى شروح الهداية فلا تضمن بالهلاك بلا تعد لقوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان
ولا على المستودع غير المغل ضمان والغلول والاغلال الخيانة الا ان الغلول فى المغنم خاصة والاغلال عام قال فى
الخلاصة والوديعة لا تودع ولا تعار ولا تواجر ولا ترهن وان فعل شيئا منها ضمن وفى الماجر يواجر ويعار ويودع
ولم يذكر حكم الرهن وينبغى ان يرهن انتهى اعلم ان المودع لو مات مجهلا اى بان لم يبين الوديعة عند الموت
ضمن لانه غاصب فيها ويستثنى من التجهيل ست صور متولى وقف عنده غلة الوقف ومستودع عنده مال
اليتيم وعار عنده الغنيمة واحد المفاوضين عنده مال الشركة على قول ومعتوه او مراهق محجور عنده مال احد
فادرك ومات بلا بيان فانه لا يضمن فى هذه الصور كما فى المحيط وغيره كذا فى القهستانى وللمودع ان يحفظها بنفسه
وبمن فى عياله وان نهاه لانه التزم ان يحفظها بما يحفظ به ماله وذلك بالحرز واليد اما الحرز فداره ومنزله وحانوته
سواء كان ملكا له او اجارة او عارية واما اليد فيده ويد زوجته وزوجها وامته وعبده واجيره الخاص وولده الكبير
اذا كان فى عياله ولان المودع رضى بذلك دلالة لانه يعلم ان المودع لا بد له من الخروج لمعاشه والداره فى نفسه
ولا يمكن استصحاب الوديعة معه فيتركها فى منزله عند من فى عياله ولم يكن له بد من ذلك ولذا لا يصح نهيه كذا فى
الاختيار وذكر فى فتاوى الصغرى تفسير من فى عياله ان يسكن معه سواء كان نفقته عليه اولا والعبرة فى هذا الباب
للمساكنة الا فى حق الزوجة والولد الصغير والعبد حتى ان الزوج ان كان فى محلة والزوجة فى محلة اخرى ولا ينفق عليها
ودفع الوديعة اليها زوجها لا ضمان على الزوج وكذا الابن الصغير اذا لم يكن فى عياله فدفع اليه لا يضمن ولكن الصغير
يشترط ان يكون قادرا على الحفظ وكذا العبد اذا لم يكن فى عياله بمنزلة الابن الصغير ثم اعلم انه يشترط ان لا
يعلم من فى عياله الخيانة فان علم بذلك وحفظ بهم ضمن كذا فى شروح الهداية وروى عن محمد انه لا ضمان فيما
دفع الى امين من امنائه ممن يثق به فى ماله وليس فى عياله كشريك العنان وعبده المأذون وعليه الفتوى
كذا فى النهاية وهكذا نقله ابن كمال عن الذخيرة وله السفر بها وان كان له حمل ومؤنة عند ابى حنيفة الا فى موضع
واحد وهو ان يكون طعاما كثيرا فيضمن اذا سافر به لجواز ان يستغرقه المؤنة فيكون فى معنى الاتلاف كذا فى الخبار
نقلا عن الجامع عند عدم النهى عن السفر بها فلو قال له احفظها فى هذا المصر او قال له لا تخرجها من هذا المصر فسافر
بها ان كان سفرا له منه بد ضمن وان كان سفرا لا بد له منه فان سافر باهله لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه
خالف شرطا مفيدا من غير عذر لانه امكنه تركها فى اهله هذا اذا عين مكان الحفظ وان لم يعينه ولم ينهه عن
الاخراج عن المصر بل امره بالحفظ مطلقا فسافر بها ان كان الطريق مخوفا يضمن بالاجماع والكيلات ما المص بقوله
والخوف يعنى وعند عدم الخوف فان كان الطريق آمنا ان كانت الوديعة شيئا لا حمل لها ولا مؤنة فلا ضمان
لانه يملك حمل هذا النوع من الحفظ تحت الامر فاما اذا كانت شيئا له حمل ومؤنة ان كان لا بد له من المسافرة بها
بان عجز عن الحفظ فى المصر الذى اودعه فيه فانه لا يضمن عندهم جميعا واما اذا كان له بد من المسافرة بها فعلى قول
ابى حنيفة لا ضمان قربت المسافة او بعدت عملا باطلاق الامر بالحفظ خلافا لهما فيما له حمل ومؤنة فعلى قول
محمد يضمن مطلقا لان الامر بالحفظ يتقيد بمكان الوديعة عرفا وعادة اذا كان لها حمل ومؤنة حتى لا يلزم صاحبها

واعلم ان كل من يكون العين فى يده امانة اذا ادعى الرد او ادعى الموت او الهلاك يصدق مع يمينه بالاتفاق
كالمودع والمضارب والمستبضع والمتولى والوكيل والرسول والقاضى والمرتهن والعدل والملتقط والاجير الخاص
والاب والوصى ... والمستأجر والشريك ... والباع ... عن الثمن ... بينهما
والدلال ... والاجير ... العسكر ...
رجل دفع الى دلال ثوبا بالبيع فقال الدلال وقع منى الثوب
وضاع ... ولا ادرى ... قال الشيخ الامام ابو بكر محمد بن
الفضل ... فان ... كان ضامنا ... فى الوديعة

قول ابي يوسف ان قربت المسافة فلا ضمان وان بعدت فهو ضامن كذا في المحيط فجعل ابو يوسف السفر القريب عفوا قياسا على الغبن اليسير في التجارات وقال الشافعي ليس له السفر بها سواء كان لها حمل ومؤنة او لا لان تقييده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الامصار كالاستحفاظ بالاجر فانه اذا استاجر رجلا شهرا بدرهم ليحفظ ماله فانه لا يملك السفر بذلك المال وان سافر ضمن قلنا ان المالك لما لم يقيده للحفظ بالمكان المعين جاز السفر بها لاطلاق الامر والغالب السلامة اذا كان الطريق آمنا ولهذا يملك الوصي والاب السفر بمال اليتيم بخلاف الركوب في البحر لان الغالب فيه العطب كره في الاختيار وقال قاضيخان واجمعوا على ان للاب والوصي ان يسافر بمال اليتيم ولا يصير ضامنا انتهى والجواب عن قولهما انا سلمنا ان المؤنة تلحق المالك لكنه ليس لمعنى من قبل المودع بل من حيث ضرورة امتثاله امره فانه امره مطلقا وهو لا يتقيد بمكان فلا يبالي بذلك اللحوق وعن قول الشافعي ان المعتاد كون المودعين وقت الايداع في المصر لا حفظهم فان من كان في المفازة يحفظ ماله ولا يتركه الى الامصار بخلاف الاستحفاظ بالاجر لانه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد فان حفظها بغيرهم بان ترك بيتا فيه الوديعة وخرج وفيه غير عياله او اودعها غيرهم بان نقلها من بيته واودعها عند غيرهم او استاجر اجنبيا ليحفظها وهو لا يكون حافظا لا مودعا ذكره في الكرماني ضمن لان المالك رضي بيده لا بيد غيره والحال ان الايدي مختلفة في الامانة فصار كالوكيل والمضارب ليس له ان يوكل او يضارب كما تقدم الا اذا خاف الحرق او الغرق فدفعها الى جاره او الى سفينة اخرى طريقا للحفظ فيكون برضى المالك وينتفي الضمان لكنه متهم في دعوى ذلك لادعائه ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب وهو التسليم والالقاء فصار كدعوى الاذن بالايداع فلا بد من اقامة البينة وذكر الحلواني انه اذا وقع في داره حريق فان امكن ان يدفع الى بعض عياله فدفع الى اجنبي ضمن وشرط الامام المعروف بخواهر زاده في الحريق الغالب ان يحيط بالوديعة وان لم يكن بهذه الصفة فهو ضامن وقال في المنتقى اذا علم باحتراق بيته قبل قوله والا لا يقبل بلا بينة كذا في شروح الهداية فان طلبها ربها اي صاحبها فحبسها المودع وهو قادر على تسليمها صار غاصبا فيضمن لانه متعد اذ المتعدي هو الذي يفعل بالوديعة ما لا يرضى به صاحبها فاذا طلبه لم يرض بعد ذلك بامساكه وقد حبسه فصار ضامنا ولذا يضمن لو جحدها اياها وان كان للوصل اقر بعده لان بالطلب ارتفع عقد الوديعة فصار غاصبا بعده وبالاعتراف بعد ذلك لم يوجد الرد الى يد نائب المالك بخلاف مسئلة المخالفة ثم الموافقة لان يد الوديعة لم يرتفع فوجد الرد الى يد النائب بخلاف جحدها عند غيره اي غير ربها حيث لم يضمن وقال زفر يضمن لانه جحد الوديعة قلنا انه من باب الحفظ لما فيه من قطع الاطماع عنها ولانه ربما يخاف عليها ممن جحدها عنده وهذا المعنى معدوم اذا جحدها عند المالك فان جحدها ثم جاء بها فقال له صاحبها دعها وديعة عندك فهلكت فان امكنه اخذها فلم ياخذها لم يضمن لانه ايداع جديد كانه اخذها ثم اودعها فان لم يمكنه اخذها ضمن لانه لم يتم الرد كذا في الاختيار ثم قال ولو رد الوديعة الى دار مالكها ولم يسلمها اليه ضمن لان المالك ما رضي بدفعها الى داره ولا الى من في عياله ظاهرا اذ لو رضي بهم لما اودعها انتهى وان خلطها بماله بحيث لا تتميز الوديعة عما خلطت به بان خلطها بجنسها ضمن وانقطع حق المالك منها في المايع وغيره في الخلط على ثلاثة اوجه احدها خلط الجنس بالجنس كالبر بالبر والدراهم البيض بالدراهم البيض والثاني خلط الجنس بغيره كالحنطة بالشعير

والثالث

والثالث خلط المايع بجنسه كاللبن باللبن فكلها استهلاك فيوجب الضمان وانقطاع حق المالك عند الامام ابي حنيفة وعندهما في غير المايع للمالك ان يشركه ان شاء يعني في الوجه الاول عندهما الخيار للمالك ان شاء شارك المودع فيها وان شاء ضمنه لانه ان تعذر اخذ عين حقه لم يتعذر المعنى فكان استهلاكا من وجه دون وجه فيتخير المالك وفي الوجه الثاني يتعين الضمان لانه استهلاك صورة ومعنى واما الوجه الثالث ففيه اختلاف بينهما كما اشار اليه بقوله وكذا في خلط المايع بجنسه الخيار للمالك عند محمد فان الاكثر لان الجنس لا يغلب عنده على ما عرف من اصله في الرضاع انه اذا جمع بين لبن امراتين في قدح وصب في حلق رضيع يثبت الرضاع منهما جميعا عند محمد ونظيره خلط الدراهم بمثلها اذابة لصيرورته مايعا بالاذابة وعند ابي يوسف يصير الاقل تابعا للاكثر فيكون المخلوط لصاحب الكثير ويضمن لصاحب القليل اعتبارا للغالب اجزاء فلو ابرأ المالك الخالط سقط حقه عن ذمة المودع عنده لانه لا حق له الا في الدين وقد اسقط وعندهما يسقط خيار الضمان لتعين الدين بصرف الاداء اليه فيبقى الشركة في المخلوط ثم عند ابي حنيفة ان الضمان استهلاك من كل وجه لتعذر وصوله الى عين حقه الا بالقسمة مترتبة على الشركة فلا يكون القسمة موجبة لها وان خلطها بغير جنسه كبر بشعير وزيت بشيرج ضمن وانقطع حق المالك اجماعا لانه استهلاك صورة وهو ظاهر ومعنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس لان حقيقة القسمة بالافراز وهذا انما يكون عند اتحاد الجنس قال صاحب الهداية خلط الحنطة بالشعير في الصحيح اي من قبيل انقطاع حق المالك بالاجماع خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لان احدهما لا يخلو عن حبات الآخر فيتعذر التمييز صورة ومعنى وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعضهم ان الجواب في ذلك كالجواب في خلط الحنطة بالحنطة فيكون على الخلاف المذكور كذا في العناية والاختيار وان اختلطت بلا صنعه اي صنع المودع كما لو انشق الكيسان فاختلطا اشتركا في المخلوط لانه لم يصنع شيئا يوجب الضمان اجماعا فان هلك البعض كان من مالهما جميعا اذ الاصل في المال المشترك ان يكون الهالك والباقي على الشركة وان تعدى المودع فيها اي في الوديعة بان كانت ثوبا فلبسه او دابة فركبها او عبدا فاستخدمه فان ازال التعدي بان يردها الى يده زال الضمان وقال الشافعي لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا لان الوديعة لكونها امانة تنافي الضمان واذا ثبت الضمان انتفى المنافي الآخر وهو الوديعة فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا ان الامر باق لاطلاقه عن التقييد بوقت فيوجب بقاء المامور به وهو الحفظ على وجه الامانة وارتفاع حكم العقد وهو الحفظ المذكور ضرورة ثبوت نقيضه وهو الامانة بالمخالفة والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وهي تندفع باثباته ما دامت المخالفة باقية فلا يتعدى الى ما بعد ارتفاعه فاذا ارتفع عاد حكم العقد كما اذا استاجره للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم عاد الى الحفظ في الباقي فانه ترك الحفظ في بعض الاوقات ولم يخرج بذلك عن كونه اجيرا ثم المودع نائب المالك فاذا ارتفعت المخالفة وعاد مودعا حصل الرد الى نائب المالك بخلاف المستعير والمستاجر قال في الخلاصة المودع اذا خالف في الوديعة ثم عاد الى الوفاق برئ من الضمان بخلاف ما اذا جحد الوديعة او منع لا يبرأ الا بالرد الى المالك وفي الاجارة والاعارة الاصح انه لا يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق انتهى وكذا يزول الضمان عن المودع لو اودعها اي الوديعة ثم استردها لما قلنا في التعدي وان انفق المودع بعضها فهلك الباقي ضمن ما انفق لاتلافه فقط اي دون الباقي لبقاء الحفظ فيه ولا انفق لم يتعيب الباقي فان هذا مما لا يضره التبعيض اذ الكلام فيه هذا عندنا خلافا لمالك فان عنده يضمن الكل لانه صار خائنا فلا يبقى

احيانا وان انفق بعضها ثم رد مثله وخلطه بالباقي ضمن الجميع البعض بالانفاق والباقي بالخلط ذكر في الاصل اذا
كانت الوديعة دراهم او دنانير او شيئا مما يكال او يوزن فانفق المودع طائفة منها في حاجة نفسه كان ضامنا
لما انفق منها ولم يصر ضامنا لما بقي منها فان جاء بمثل ما انفق وخلطه صار ضامنا للجميع ما انفق بالاتلاف وما بقي
بالخلط قالوا اذا لم يجعل على ماله علامة حين خلط بمال الوديعة اما اذا جعل لا يضمن الا ما انفق وان كان قد اخذ
بعض الوديعة لينفق في حاجته ثم بدا له فرده في مكانه فضاع فلا ضمان عليه واختلف المشايخ في تخريج المسئلة
بعضهم قالوا لا يضمن اصلا وبعضهم قالوا يضمن ثم يبرئ بالرد الى مكانه وهو الصحيح وهذا لان الرفع بنية الانفاق
اخذ لنفسه والاخذ لنفسه سبب للضمان لانه خلاف كذا في المحيط ولو تصرف المودع فيها اي في الوديعة فربح
يتصدق به اي بالربح عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يطيب الربح له اي للمودع اذا ادى الضمان او سلم عينها
بان باعها ثم اشتراها ودفع الى مالكها وسلم له فضل الثمن لان شرط طيب الربح عنده الضمان لا غير وقد
وجد بالتصرف فيها فيكون هذا ربح ملكه فيطيب له وعندهما انما تصير ملكا له باداء الضمان مستندا الى وقت
وجوبه والمستند ثابت من وجه فيكون الربح حاصلا من ملك غيره من وجه فيتصدق به بالجنبة ثمرة الخلاف
تظهر فيما اذا رفع المودع خمسمائة من مال الوديعة وهو الف فانفقها في حاجته ثم جاء بخمسمائة من مال نفسه
فخلطها بالخمسمائة الباقية من الوديعة صار ضامنا للوديعة كلها فاذا اتجر بالالف كلها وربح الفا آخر لا يطيب له
ربح الخمسمائة الباقية عندهما ويطيب عنده من الحقائق كذا في شرح المجمع فان اودع اثنان من واحد شيئا لا يدفع
الى احدهما حصته بغيبة الآخر يعني لا يجبر المودع على الدفع اليه حتى يحضر الغائب خلافا لهما فان عندهما يدفع نصيبه
فلا يكون ذلك قسمة على الغائب حتى ان الباقي ان هلك في يد المودع كان للغائب ان يشارك القابض
فيما قبض فمن مشايخنا من قال بان الخلاف في الكل واحد ومنهم من قال الخلاف في المكيل والموزون واما في الثياب
والعبيد فليس للمودع ان يدفع الى الحاضر حصته بلا خلاف وهو الاشبه بالصواب كذا في المحيط وهو الاصح كذا في
الاختيار قال في الفوائد الظهيرية هو الصحيح حتى اذا كانت الوديعة من الثياب والدواب والعبيد لم يكن له ان
يأخذ نصيبه بالاجماع لهما انه طالبه بما سلم اليه وهو النصف ومن طالب بما سلم لم يمنع عنه ولهذا كان له ان يأخذه
وان كان في يد المودع بالاتفاق وله انا لا نسلم انه طالبه بتسليم نصيبه بل بدفع نصيب الغائب لانه يطالبه
بالمفرز وحقه ليس فيه لان المفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع ولاية
القسمة لانه ليس بوكيل في ذلك ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف الدين المشترك لان الشريك
يطالب المديون بقضاء حقه وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لان الديون تقضى بامثالها والمثل
مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة وان اودع رجل عند اثنين ما يقسم يعني الذي
لا يتعيب بالتوزيع الحسي كالمكيل والموزون اقتسماه وحفظ كل حصته يعني لم يجز ان يدفعه احدهما الى الآخر
بل يقسمانه فيحفظ كل واحد منهما حصته نفسه فان دفع احدهما الى الآخر ضمن الدافع لا القابض وعندهما لكل
واحد حفظ الكل باذن الآخر لهما انه رضي بامانتهما فكان لكل واحد منهما ان يسلم الى الآخر ولا يضمن كما في ما لا
يقسم وله انه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ احدهما كله لان الفعل متى اضيف الى ما يقبل الوصف بالتجزي
يتناول البعض دون الكل فوقع التسليم الى الآخر من غير رضى المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض لان
مودع المودع عنده لا يضمن قال في المبسوط قول ابي حنيفة اقيس لان اودعهما شيئا مما لا يقسم وهو ما

يدفع النصف فيغرم [illegible] بالدفع الى [illegible] من المودع [illegible] صح

يتعيب

يتعيب بالتوزيع كالعبد والدابة والثوب الواحد والطبق حفظ احدهما باذن الآخر اجماعا لانه لما اودعهما ولا يمكنهما
الاجتماع عليه دائما وامكنهما المهايأة كان المالك راضيا بدفع الكل الى احدهما في بعض الاوقات قال في الاختيار
وعلى هذا الوكيلان والوصيان والمرتهنان والعدلان في الرهن والمستبضعان انتهى وان نهى عن دفعها
الى عياله اي من له منه بد ضمن وان الى من لا بد له منه كدفع الدابة الى عبده ودفع شيء يحفظ النساء الى زوجته
لا يضمن الاصل فيه ان الشرط ان كان مفيدا والعمل به ممكن وجب مراعاته والمخالفة فيه توجب الضمان واذا
لم يكن مفيدا او كان ولم يمكن العمل به يلغو وان امر بحفظها في بيت معين من دار فحفظها في بيت غيره منها اي من
هذه الدار لا يضمن لان الشرط غير مفيد الا ان كان فيه اي في البيت الذي نهى عن الحفظ فيه خلل ظاهر فح يفيد الشرط فيضمن
بالمخالفة وان امر بحفظها في دار معينة فحفظها في غيرها او نهى عن الدفع الى امرأته والمرأة اخرى امينة ضمن لان
الدور تختلف في الحرز فيكون الشرط مفيدا وكذا النساء تتفاوتن فيه قال في الاختيار ولو قال لا تدفعها الى احد
معين من عياله ممن لا بد له منه فان لم يكن له عيال سواه لم يضمن وان كان له سواه يضمن لان من العيال من لا
يؤتمن على المال انتهى وان اودع المودع فهلكت ضمن الاول فقط عند ابي حنيفة وعندهما ضمن المالك ايا شاء
لان المالك لم يرض بغيره فكان الاول متعديا بالتسليم الى الثاني والثاني بالقبض منه والقابض من الضمين
ضمين كمودع الغاصب فان ضمن الثاني رجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة لا العكس وان
ضمن الاول لا يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر انه اودع ملك نفسه وله انه قبض المال من يد امين لانه بالدفع
لا يضمن ما لم يفارقه لوجود ما هو المقصود من حفظه بحضرة رأيه وتدبيره لا من حفظ بصورة يده ولهذا لو دفع الى من يحفظه
بحضرته كعياله فهلك عنده لم يضمن بالاتفاق فاذا لم يكن بالدفع ضامنا لم يكن قبض الثاني من ضمين فلم يوجد التعدي
منهما فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه واما الثاني فمستمر على الحالة الاولى وهو القبض من امين اذ لم يوجد
منه بعد ذلك صنع فلا يضمنه كالريح اذا القت في حجره ثوب غيره كذا في العناية ولو اودع الغاصب ضمن المالك
ايا شاء من الغاصب والمودع اما الغاصب فظاهر واما مودعه فلقبضه منه بلا رضا مالكه ثم انه ان لم يعلم انه
غاصب رجع على الغاصب قولا واحدا وان علم فكذلك في الظاهر وحكى ابو اليسر انه لا يرجع واليه اشار شمس
الائمة ذكره في النهاية اجماعا كما في الغاصب وغاصبه والغاصب والمشتري منه فانهما صارا مثله بالتلقي منه
ابتداء لعدم اذن المالك فكذا بقاء كذا في الدرر فلو اودع عند عبد محجور فلو كان العبد والصبي مأذونين بالحفظ
الوديعة يضمنان في الحال اتفاقا واما حجر الاذن في التجارة فليس باذن في اخذ الوديعة لانها ليست من التجارة
ولو اتلفا ما اودع عند المولى والمولى يضمنان اتفاقا وفي الحقايق العبد يشمل المدبر وام الولد اما المكاتب
فيضمن في الحال شيئا فاتلفه فلو تلفت في ايديهما لا يضمنان اتفاقا ضمن بعد عتقه وان اودعه عند صبي محجور
يعقل واما الصبي الذي لا يعقل لا يضمن اتفاقا ذكره فخر الاسلام وصاحب الهداية وذكر صاحب المحيط ظن بعض
مشايخنا ان الخلاف في صبي يعقل وليس الامر كما ظنوا بل الخلاف في الكل واحد وعلى هذا الخلاف الاقراض
والاعارة فاتلفه فلا ضمان اصلا عند ابي حنيفة ومحمد وفي المبسوط لو كانت الوديعة عبدا فقتله الصبي يضمن
اتفاقا والفرق بين العبد وغيره ان المولى لا يملك روحه فلا يملك تسليطه بخلاف المال وقال ابو يوسف
يضمنان في الحال لان محجوريتهما في الاقوال فقط ولهذا لو استهلكا عينا قبل الايداع يضمنان ولهما ان
المالك استحفظ من ليس باهل الالتزام الحفظ اما الصبي فلم يصح التزامه اصلا فصار المالك كاذن باتلافه

وان كان المودع وضعت الوديعة في مكانه حصين فنسيت فيضمن [illegible] لانه [illegible] الامانة [illegible] الفقيه ابو الليث [illegible] عنده ضامنا [illegible] الوديعة [illegible] فانه يكون ضامنا ولو قال لا ادري [illegible] وضعت ضامنا ولو قال وضعت في موضع آخر [illegible] المكان لا يكون ضامنا [illegible] وضعتها [illegible] ضامنا وقد قال بعض اصحابنا [illegible] ذهبت الوديعة ولا ادري كيف ذهبت [illegible] كان القول قوله مع يمينه ولا ضمان عليه [illegible] قال شمس الائمة السرخسي [illegible] الاصح انه لا يضمن على كل حال سواء قال ذهبت ولا ادري كيف ذهبت ولم يزد عليه او [illegible] الوديعة في مكان حصين [illegible] اختلف فيه المشايخ والاصح انه لو قال وضعت [illegible] لا يضمن
صح
انتهى

واما العبد فاقراره لم يصح في حق المولى نظرا له فلا يضمن في الحال وصح في حق نفسه لكونه مكلفا فيضمن بعد العتق
وان دفع العبد الوديعة الى عبد محجور مثله فهلكت عند الثاني فضمن الاول فقط بعد العتق فليس على العبد
الثاني عند ابي حنيفة لانه مودع المودع ولا ضمان عليه عنده اذا لم يتعد وعند ابي يوسف ضمن المالك ايهما
شاء اما الاول فلانه متلف بالدفع واما الثاني فلانه مودع المودع وهو ضامن عنده للحال لما مر ان المحجور
يضمن عنده في الحال فان عتق الثاني اولا وضمنه رجع على الاول وان عتق الاول اولا وضمنه لم يرجع على الثاني
بحال وعند محمد ان ضمن المالك الاول فبعد العتق اي فيضمن بعده وان ضمن الثاني فللحال لان ضمانه ضمان فعل
لقبضه ملك غيره بغير اذنه فلزمه للحال ففي الحقائق محل الخلاف فيما اذا دفع العبد الاول الى الثاني فانه لو امر
الاول الثاني بقبضه فقبضه ودفعه وضاع ليس للمالك ان يضمن الاول قبل العتق اتفاقا كذا في شرح المجمع
ومن معه الف فادعى كل واحد من اثنين ايداعها عنده فنكل لهما اي عجزا عن البينة فحلفه القاضي لكل واحد
فنكل عن التحليف لهما فهي اي الالف لهما وضمن لهما مثلها وذلك لان دعوى كل واحد منهما صحيحة لاحتمال الصدق
فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد منهما على الانفراد لتغاير الحقين لتعدد المستحق فكل واحد منهما
حق في يمينه كما مر في الدعوى قوله عم لك يمينه وبايهما بدا القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية ولو
تشاحا اقرع بينهما تطييبا لقلوبهما ونفيا لتهمة الميل ثم ان حلف لاحدهما يحلف للثاني فان حلف لا شيء لهما
لعدم الحجة وبعد ما حلف للاول لو نكل للثاني يقضى له لوجود الحجة وان نكل للاول يحلف للثاني ولا يقضي بالنكول
للاول لان الثاني ربما يقول انما نكل لك لانك بدأت بالاستحلاف فلا ينقطع الخصومة بينهما بخلاف ما اذا
اقر لاحدهما لان الاقرار حجة موجبة بنفسه فيقضي به اما النكول انما يصير حجة عند القضاء فجاز ان يؤخره ليحلف للثاني
فينكشف وجه القضاء بانه يقضي بالالف للاول او الثاني او لهما جميعا لانه لو حلف للثاني فلا شيء له والالف كله
للاول ولو نكل للثاني ايضا كان الالف بينهما لاستوائهما في الحجة كما اذا اقاما البينة فلذلك يتوقف في القضاء
حتى يظهر وجهه ثم يغرم الف اخرى لهما لان المودع المنكر اوجب الحق لكل واحد منهما ببذله او باقراره وذلك حجة
في حقه وبالصرف اليهما صار قاضيا نصف حق كل واحد بنصف الاخر فيغرمه ولو قضى للاول حين نكل قال
الامام علي البزدوي في شرح الجامع الصغير انه يحلف للثاني واذا نكل يقضي بينهما لان القضاء للاول لا يبطل حق
الثاني لان القضاء للاول لا يبطل حق الثاني وهو انما ... لان القاضي قدمه اما باختياره او بالقرعة وكل
ذلك لا يبطل حق الثاني ولم يذكر انه اذا حلف للثاني ما ذا حكمه وقال اخوه في شرح الجامع الصغير فان حلف يقضي
بنكوله للاول وذكر الخصاف انه نفذ قضاؤه للاول ووضع المسئلة في العبد وانما نفذ لمصادفته محل الاجتهاد
لان من العلماء من قال يقضي للاول ولا ينتظر لكون النكول اقرارا دلالة ثم لا يحلف للثاني ما هذا العبد لي بان
يقتصر على لفظ العبد بل يضم اليه ولا قيمته لانه لما اقر به للاول وثبت بحقه لا يفيد اقراره للثاني لانه لا يمكن دفعه
الى الثاني بعد ذلك وهل يحلف بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا اقل منه قال الخصاف
يحلفه عند محمد بناء على ان المودع اذا اقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمنها عنده خلافا لابي يوسف كما
اذا اقر بالوديعة لانسان ثم قال اخطأت بل هي لهذا كان عليه ان يدفعها الى الاول لان اقراره بها صحيح
ورجوعه بعد ذلك باطل ويضمن للاخر قيمتها لاقراره انها للثاني وانه صار مستهلكا على الثاني لاقراره بها للاول
فيلزمه ضمانها له قيمتها وهذا اذا دفعها الى الاول بغير قضاء فان دفعها بقضاء فكذلك في قول محمد خلافا لابي

يوسف

يوسف لان بمجرد اقراره لم يفوت على احد شيئا انما الفوات بالدفع الى الاول وقد كان ذلك بقضاء فلا يضمن
ولمحمد انه سلط القاضي على القضاء بها للاول لاقراره وقد اقر انه مودع للثاني والمودع اذا سلط على الوديعة غيره صار
ضامنا كذا في العناية فرع اذا قال المودع للمالك بعثت بالوديعة اليك مع رسولي وسمى بعض من في عياله فهو
كقوله رددتها عليك يقبل القول مع اليمين فان قال بعثت بها اليك مع اجنبي كان ضامنا الا ان يقر صاحب
الوديعة انها وصلت اليه ولو قال المودع بعثت بها اليك مع هذا الاجنبي او استودعتها اليه ثم ردها علي فضاعت
عندي لا يصدق ويصير ضامنا الا ان يقيم البينة على ذلك فبرئ عن الضمان رجل تناول مال انسان بغير امره في حيوته
ثم رد المال الى ورثته بعد موته قال الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل يبرأ الظالم في الدين ويبقى حق الميت في
مظلمته اياه ولا يرجى له الخروج عنها الا بالتوبة والاستغفار للميت والدعاء له رجل اودع عند انسان الف درهم
ثم ان صاحب الوديعة اقرض الوديعة من الذي في يديه قال ابو حنيفة لا يخرج الالف عن الوديعة حتى يصير في يد
المستودع حتى لو هلك قبل ان يصل يده اليها لا يضمن وكذلك في كل ما كان اصله امانة وكذا لو قال المودع لصاحبها
ايذن لي ان اشتري بالوديعة شيئا وابيع لانه مؤتمن كذا في قاضي خان وقال صاحب المحيط وان اودع جارية
فمات المستودع ولم يبينها ثم رأوها حية بعد موته فلا ضمان على المستودع وان لم يروها بعد موته فقالت ورثته
قد ردها عليها في حيوته او هربت لا يقبل قولهم في شيء من ذلك لانهم يدفعون عن انفسهم الضمان ويغرم قيمتها
آخر مار او ما حية عنده ودينا في ماله وكذلك العارية والاجارة في الاجناس ايضا وفي النوازل اذا مات المستودع
فقال ورثته قد ردا الوديعة في حيوته لم يقبل قولهم والضمان واجب في مال الميت لانه مات مجهلا فان اقام
الورثة البينة على اقرار الميت انه قال في حيوته رددت الوديعة فلا ضمان لان الثابت بالبينة العادلة كالثابت
عيانا ولو عاين اقرار المودع حال حيوته بذلك ثم مات لا ضمان عليه فكذا هاهنا وفي الواقعات اذا اختلف الطالب
وورثة المودع الوديعة فقال الطالب قد مات ولم يبين فصار دينا في ماله وقالت الورثة كانت قائمة بعينها
يوم مات المودع وكانت معروفة ثم هلكت بعد موته فالقول للطالب هو الصحيح لان الوديعة صارت
دينا في التركة ظاهرا فالورثة يدعون خلاف الظاهر والطالب متمسك بما هو الظاهر ففي فتاوى ابي الليث
استودع رجلا الف درهم ثم غاب رب الوديعة ولا يدرى احي ام ميت فعليه ان يمسكها حتى يعلم بموته
ولا يتصدق بها بخلاف اللقطة اذا كانت الوديعة ابلا او بقرا او غنما وصاحبها غائب فانفق عليها المودع
بغير امر القاضي فهو متطوع لانه انفق على دابة الغير بغير امره ولم يجبر احد على عليه وان رفع الامر الى القاضي سأله
القاضي البينة على كون العين وديعة عنده وعلى كون المالك غائبا فاذا اقام بينة على ذلك ان كانت الوديعة
شيئا يمكن ان يؤاجر وينفق من غلتها امره القاضي بذلك وان كان شيئا لا يمكن ان يؤاجره فالقاضي يأمره بان
ينفق عليه من ماله يوما او يومين او ثلاثة رجاء ان يحضر المالك ولا يأمره بالانفاق زيادة على ذلك بل يأمره
بالبيع وامساك الثمن وما انفق المودع على الوديعة بامر القاضي فهو دين على صاحبها يرجع به عليه اذا حضر غير ان
في الدابة بقدر قيمتها وفي العبد يرجع بالزيادة على قيمته الى هنا عبارة المحيط كتاب العارية لما فرغ من
الوديعة اردفها بالعارية ثم بالهبة ثم بالاجارة للتناسب بالترقي من الادنى الى الاعلى لان الوديعة امانة
بلا تمليك شيء وفي العارية تمليك المنفعة بلا عوض وفي الهبة تمليك العين بلا عوض وفي الاجارة تمليك
المنفعة بعوض وهي اعلى منها اي الهبة لانه عقد لازم واللازم اقوى واعلى مما ليس بلازم قال القهستاني العارية

[illegible marginal note]

بالتشديد وقد يخفف منسوبة الى العار فان طلبها عيب على ما قال الجوهري وابن الاثير ورده الراغب وغيره بانه
العار يائي والعارية واوي على ما صرحوا بانفسهم انتهى قيل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب فكانه
جعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على ان يعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء ومن العرية وهي العطية الا ان
العطية اختصت بالاعيان والعارية بالمنافع او سميت بها لتعريها عن العوض واختلفوا في تعريفها اصطلاحا
فقال عامة العلماء هي اي العارية تمليك منفعة من عين مع بقائها احترز به عن القرض نحو الدراهم وعن
البيع والهبة بلا بدل احتراز عن الاجارة وكان الكرخي يقول وهو قول الشافعي هي اباحة الانتفاع بملك
العين حتى لا يملك المستعير اجارة ما استعاره ولو ملك المنافع يملك اجارتها ولانها تنعقد بلفظ الاباحة ولا
يشترط فيها ضرب المدة والنهي يعمل فيها ولا يملك الاجارة فيها من غيره وكل من ذلك يدل على انها اباحة وقال
عامة العلماء انها تنبئ عن التمليك لانها من العرية وهي العطية وهي انما تكون تمليكا ولهذا تنعقد بلفظ التمليك
مثل ان يقول ملكتك منفعة داري هذه شهرا وما ينعقد بلفظ التمليك فهو تمليك والمنافع قابلة للتمليك كالوصية
بخدمة العبد كالاعيان والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض ثم الاعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع
دفع الحاجة ولفظ الاباحة استعيرت للتمليك كما في الاجارة فانها تنعقد بلفظ الاباحة ولا نزاع في كونها تمليكا
والجهالة لا تفضي الى المنازعة لعدم اللزوم وعمل النهي ليس باعتبار انه ليس في العارية تمليك بل من حيث انه بالنهي
يمنع المستعير عن تحصيل المنافع التي لم يتملكها بعد وله ذلك لكونها عقدا غير لازم فكان للمالك الرجوع عما ملك المستعير
اي وقت شاء واما عدم ملك الاجارة فلدفع زيادة الضرر كما سيجيء ان شاء الله تعالى كذا في شروح الهداية والاختيار
وشرطها ما اشار اليه المص بقوله ولا تكون الا فيما ينتفع به مع بقاء عينه وعلى هذا اعارة المكيل والموزون و
والمعدود قرض لانه لا يمكن الانتفاع بهذه الاشياء مع بقاء العين لان الانتفاع بها يكون باستهلاك عينها ولا
يتصور هذا الا بتملكها وذلك بالهبة او القرض فلما تعذر العمل بحقيقة الاعارة وامكن جعله كناية عن القرض حمل عليه
لان العارية كان حكمها رد العين والقرض يوجب رد مثل هو في حكم عين المقبوض لئلا يلزم الربوا بالبيع نسيئة
كما مر جوابه ولان الحمل على القرض ادنى ضررا من الهبة الا ان عين انتفاعا يمكن بها العين لعده كان يزين
دكانه او يعاير ميزانه فحينئذ لا يكون قرضا بل يكون عارية ذكره في المحيط وقال في الاختيار الاعارة نوعان حقيقة ومجاز
فالحقيقة اعارة الاعيان التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها كالثوب والدار والعبد والدابة والمجاز اعارة ما لا
يمكن الانتفاع بها الا باستهلاكها كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون والعددي المتقارب فيكون اعارة صورة
قرضا معنى لانه رضي باستهلاكه ببدل فكان تمليكا ببدل وهو القرض ولو استعار دراهم ليعير بها ميزانه
او يزين بها حانوته ليس له ان يتعدى ما سمي له المنفعة ولا يكون قرضا لتعين جهة الانتفاع بها مع بقاء العين
كاستعارة حلي وتنعقد اي العارية باعرتك لانه حقيقة فيها اي جعلت رضي عارية لك لكن في المضمرات ان اركانها
الايجاب والقبول وشرطها القبض ذكره في القهستاني ومنحتك ثوبي هذا او جاريتي هذه اذا لم يرد بالهبة
فان المنح لتمليك العين عرفا وعند عدم ارادته اياها يحمل على تمليك المنافع واصله ان يعطي ناقة او شاة ليشرب
لبنها ثم ترد وكثر استعماله في تمليك العين فاذا اريد به الهبة افاد ملك العين والا بقي على اصل وضعه واطعمتك
الارض لان الاطعام اذا اضيف الى ما لا يطعم كالارض يراد به اكل غلتها اطلاقا لاسم المحل على الحال وحملتك
على دابتي هذه اذا لم يرد به الهبة فان هذا اللفظ يستعمل عرفا في الهبة يقال حمل الامير فلانا على الفرس ويراد به

التمليك

التمليك ومعناه لغة الاركاب وهو مستعمل فيه ايضا فاذا نوى احدهما صحت وان لم تكن له نية حمل على الادنى
لئلا يلزم الاعلى بالشك واخدمتك عبدي لانه اذن له في الاستخدام وهو العارية اذا لم يرد بذلك المذكور من
الالفاظ الهبة كما ذكرنا وداري لك سكنى لان معناه اسكنها ملكا وهي العارية او داري لك عمري سكنى
فعمرى مفعول مطلق لفعل محذوف تقديره اعمرتها لك عمرى والعمرى جعل الدار لاحد مدة عمره وقوله سكنى
تفسير لقوله لك لانه منصوب على التمييز من قوله لك لان قوله لك يحتمل تمليك العين وتمليك المنفعة فاذا ميزه
تعينت المنفعة فحمل الكلام على تمليك المنافع بلا بدل لانه اخره حمل المحتمل على المحكم وللمعير ان يرجع فيها اي في العارية
متى شاء لان المنافع تملك شيئا فشيئا على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد منها لم يتصل به القبض وهو
لا يملك الا به فصح الرجوع عنه ولو هلكت بلا تعد فلا ضمان لانها امانة في يده وحكمها ان لا يضمن ما لم يتعد
وقد قال عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ولانه قبضه من يد المالك لا على وجه الضمان لان اللفظ يقتضي
تمليك المنافع بغير عوض لغة وشرعا لما بينا فلم يكن متعديا وتأويل ما روي انه عم استعار دروعا من صفوان
فقال اغصبا تأخذها يا محمد فقال عليه السلام لا بل عارية مؤداة مضمونة اي واجبة الرد مضمونة بمؤنة الرد توفيقا بين
الحديثين بالقدر الممكن ذكره في الاختيار والحاصل ان العارية ان هلكت فان كان بتعد كحمل الدابة ما لا يحمله
مثلها او استعملها استعمالا لا يستعمل مثلها من الدواب وجب الضمان بالاجماع وان كان بغيره لم يضمن عندنا
وقال الشافعي يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمن ولان الاذن ثبت ضرورة الانتفاع والثابت بالضرورة
يتقدر بقدرها والضرورة حالة الاستعمال فان هلكت فيها فلا ضمان وان هلكت في غيرها لم يظهر فيها الاذن لكونه
وراء الضرورة ولكون الاذن ضروريا كان مؤنة الرد واجبة على المستعير كما في الغصب وصار كالمقبوض على سوم
الشراء فانه وان كان باذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق اذا هلك ضمن فكذا هذا ولنا ان
اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان فان الضمان اما ان يجب بالعقد او بالقبض او بالاذن وليس شيء من ذلك
موجبا له والاذن لم يتناول العين فانه ورد على المنفعة نصا ولم يتعد الى العين ووجوب الرد لا يدل على
انه مضمون لانه وجب لمؤنة القبض الحاصل للمستعير كنفقة المستعار فانها على المستعير وليس لنقض القبض
ليدل على ان القبض لا عن استحقاق فيوجب الضمان بخلاف الغصب فان الرد فيه واجب لنقض القبض
لكونه بلا اذن فاذا لم يوجد الرد وجب الضمان والمقبوض على سوم الشراء ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد
لان المقبوض بالعقد له حكم العقد فصار كالمأخوذ بالعقد وهو موجب الضمان فلا يؤجر ولا يرهن لان
الاعارة دون الاجارة والرهن والشيء لا يتضمن ما فوقه كالوديعة كما نقلناه عن الخلاصة فيهما فان اجرها
المستعير او رهن فتلف ضمن ايهما شاء يعني المعير بالخيار ان شاء ضمن المستأجر لانه قبضه لنفسه بغير اذن
المالك وان شاء ضمن المستعير لكونه الغاصب فان ضمن المعير المؤجر لا يرجع المؤجر على احد لانه ظهر انه آجر
ملك نفسه وان ضمن المستأجر يرجع المستأجر على المؤجر ان لم يعلم المستأجر انه عارية في يده دفعا للضرر
الغرور بخلاف ما اذا علم فانه لا يرجع لانه لم يغره فصار كالمستأجر من الغاصب عالما بالغصب وللمستعير
ان يعير ما لا يختلف باختلاف المستعمل كالحمل على الدابة والاستخدام والسكنى والزراعة وان شرطا
وقال الشافعي ليس له ان يعير لانها اباحة المنافع على ما مر والمباح له ان يملك الاباحة وذلك لان
المنافع غير قابلة للتمليك لكونها معدومة وانما جعلت موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت في الاجارة

بالاباحة فلا يصار الى التمليك ولنا انها تمليك المنافع على ما مر فتضمن مثله كالموصى له بالخدمة جاز ان يعير لتملكه
المنفعة لا يجوز له ان يعير فيما يختلف باختلاف المستعمل كالركوب واللبس ان عين المعير مستعملا
يتفاوتون في الركوب واللبس دفعا لمزيد الضرر عن المعير لانه رضي باستعماله لا باستعمال غيره وان لم يعين
المعير مستعملا جاز للمستعير ان يعير ما لغيره فيما يختلف باختلاف المستعمل ايضا اي كما فيما لا يختلف باختلافه
فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير غيره او بالعكس كذلك وهذا معنى قوله ما لم يتعين فان
تعين لا يجوز فلو ركب هو ليس له ان يركب غيره حتى لو اركب بعد الركوب ضمن لتعين الركوب وان اركب
غيره اولا فليس له اي للمستعير ان يركب هو بنفسه فلو فعل ضمن لتعين الاركاب هذا اختيار فخر الاسلام
وقال غيره له ان يركب بعد الاركاب وبالعكس وهذا اختيار شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام كذا في العناية
قال الامام خواهر زاده لو ركب بعد الاركاب لم يضمن لانه لما ملك الاركاب فهو للركوب املك والصحيح
هو الاول ثم المستعير هل يملك الايداع قال بعض مشايخ العراق وهو اختيار الفقيه ابي الليث والامام ابي
بكر محمد بن الفضل انه يملك الايداع لانه يملك الاعارة والايداع دونها وقال بعضهم لا يملك هو الصحيح كذا ذكره
الخبازي نقلا عن الاوضح وان قيدت العارية والانتفاع بها بنوع كان اعار دابة للحمل او الركوب او وقت
كان اعارها للعمل بها يوما او شهرا او بهما كان يركبها يوما ضمن بالخلاف ثم اذا استعار دابة [illegible]
الى الليل ولم يسم ما يحمل عليها فلم ما شيء في اليوم فان هلكت في اليوم لا يضمن فان امسكها فهلكت اختلف
المشايخ قال بعضهم انما يضمن اذا انتفع بها في اليوم الثاني فان امسكها ولم ينتفع بها لا يضمن وقال بعضهم يضمن
على كل حال وبه اخذ الشيخ الامام السرخسي لان الاذن بالقبض موقت فبعد الوقت يكون ممسكا مال الغير بغير
اذنه ذكره قاضي خان الى شيء بان استعار دابة ليحمل عليها قفيز حنطة فحمل عليها قفيز ملح او ليركبها يوما فركبها
يومين وذلك لان ذلك الشرط مفيد يضمن اذا خالفه الى شر فقط فلو خالفه الى مثل كمن استعار دابة ليحمل عليها
قفيزا من هذه الحنطة فحملها قفيزا من حنطة اخرى او الى خير منه كما اذا حمل مثل ذلك شعيرا لا يضمن استحسانا
وفي القياس يضمن لانه مخالف فان عند اختلاف الجنس لا يعتبر المنفعة والضرر الا ترى ان الوكيل بالبيع بالف
درهم اذا باع بالف دينار لم ينفذ بيعه وجه الاستحسان انه لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة اذ مقصوده دفع
زيادة الضرر عن دابته ومثل كيل الحنطة من الشعير اخف على الدابة والتقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا فروع
فاذا استعارها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها اكثر من عشرة مخاتيم من الشعير الا انه في الوزن مثل
الحنطة ذكر شمس الائمة السرخسي انه يضمن مطلقا وذكر الشيخ الامام الزاهد شيخ الاسلام انه لا يضمن استحسانا
وهو الاصح لان ضرر الشعير مثل ضرر الحنطة في حق الدابة عند استوائهما وزنا لانه يأخذ من موضع الحمل
من الدابة اكثر مما يأخذها الحنطة [illegible] فصار ذلك اخلالا في الاذن وان استعارها ليحمل عليها عشرة مخاتيم
حنطة فحمل عليها خمسة عشر مختوما فهلكت الدابة ففي هذا الوجه يضمن ثلث قيمتها وهذا بخلاف ما استعار
ثورا ليطحن به عشرة مخاتيم حنطة فطحن احد عشر حيث يضمن جميع قيمة الثور وهذا اذا كانت الدابة تطيق حمل
خمسة عشر مختوما فان كان لا تطيق يصير متلفا لها فيضمن جميع قيمة الدابة ولو استعار دابة ليركبها هو فحمل
عليها مع نفسه رجلا وهلكت الدابة ضمن النصف ولا يعتبر الثقل والخفة كما يعتبر في حق الاحمال قالوا هذا اذا
كانت تطيق حمل رجلين فاما اذا كانت لا تطيق حملهما ضمن الكل كذا في المحيط وان اطلق فيها فله اي للمعير

الانتفاع

الانتفاع باي نوع شاء في اي وقت شاء عملا بالاطلاق وان اختلفا في الوقت والمكان وما يحمل عليها فالقول
للمعير مع يمينه لان الاذن منه يستفاد فيثبت بقدر ما اقر به وما زاد فالمستعير يستعمل فيهما فيما لم يؤذن
له فيضمن ذكره في الاختيار وتصح اعارة الارض للبناء والغرس وله اي للمعير ان يرجع فيهما متى شاء ويكلفه
اي يكلف المعير المستعير قلعهما اي قلع البناء والغرس اما الصحة فلان هذه المنفعة معلومة تملك بالاجارة فكذا
بالاعارة دفعا للحاجة واما الرجوع فلقوله عليه السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة واما التكليف فلان
الرجوع اذا كان صحيحا بقي المستعير شاغلا ارض المعير فيكلف تفريغها ولا يضمن ان لم يوقت العارية لان
المستعير مغتر غير مغرور من جانب المعير حيث اعتمد اطلاق العقد وظن انه يتركها في يده مدة طويلة من غير
ان يسبق منه الوعد وان وقت ورجع قبله صح لما ذكرنا ولكن كره له اي للمعير ذلك الرجوع لما فيه من خلف الوعد
وضمن المعير المستعير ما نقص البناء والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له اذ الظاهر الوفاء
بالعهد والمغرور يرجع على الغار دفعا للضرر عن نفسه فان قيل الغرور الموجب للضمان هو ما كان في ضمن عقد
المعاوضة كما مر والاعارة ليست كذلك اجيب بان التوقيت من المعير التزام منه لقيمة البناء والغرس ان اراد
اخراجه قبل ذلك الوقت معنى ثم وجه قوله ما نقص بالقلع ان ينظر كم يكون قيمة البناء والغرس اذا بقي الى المدة
المضروبة فيضمن ما نقص من قيمته فاذا كانت قيمة البناء الى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلا فاذا قلع في الحال يكون
قيمة النقض دينارين يرجع بهما كذا ذكره القدوري يريد به ضمان ما نقص وقيل تكلمه الحاكم الشهيد يضمن قيمته
ويتملكه يعني ان المعير يضمن للمستعير قيمة غرسه وبنائه فيكونان له الا ان يشاء المستعير ان يرفعهما ولا يضمن
قيمتهما فله ذلك وهذا معنى قوله وللمستعير قلعه بلا تضمين لانه ملكه ان لم تنقص الارض به اي بقلع ذلك
كثيرا وعند ذلك الخيار للمالك قال المشايخ اذا كان بالارض ضرر بالقلع فالخيار الى رب الارض لانه صاحب
اصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل قيل معنى ما قال القدوري ان المعير يضمن نقصان البناء والغرس
محمول على ما اذا لم يلحق الارض بالقلع ضرر اما اذا لحق فالخيار في الابقاء بالقيمة مقلوعا وتكليف القلع وضمان
النقصان الى صاحب الارض وهو ظاهر ويجوز ان يتعلق بقول الحاكم الشهيد ومعناه ان المستعير انما يتمكن
من القلع وترك الضمان اذا لم يتضرر الارض بالقلع واما اذا تضررت فالخيار لرب الارض وهو الاظهر كذا في
العناية ثم اذا كانت العارية موقتة واراد اخراجه قبل الوقت يقوم قيمة البناء والاشجار قائما يوم الاسترداد باتفاق
الروايات لان القلع والنقض غير مستحق عليه قبل الوقت ولهذا يضمن له واذا لم يكن القلع مستحقا عليه كان حقه
في بناء قائم يوم الاسترداد فيعتبر قيمته كذلك واما اذا مضى الوقت فصاحب الارض يقلع عليه الاشجار والبناء
ولا يضمن شيئا عندنا لان القلع بعد الوقت مشروط بمقتضى ذكر الوقت فيعتبر بما لو كان مشروطا نصا الا ان يضر
القلع بالارض فحينئذ صاحب الارض يتملك البناء والاغراس بالضمان وفي الضمان يعتبر قيمته مقلوعا لان القلع
مستحق عليه بعد الوقت كذا في المحيط وان اعارها اي الارض للزرع لا تؤخذ حتى يحصد فتترك في يد المستعير بطريق
الاجارة باجر المثل وقت ام لا لان للزرع نهاية معلومة وفي الترك مراعاة الحقين فانه لما كان الترك باجر المثل
لم يفت منفعة ارضه مجانا ولا زرع الآخر بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك
واجرة رد المستعار والمستأجر والوديعة والرهن والمغصوب على المستعير والموجر والمودع بكسر الدال والمرتهن
والغاصب وذلك لان الاجر مؤنة الرد فمن وجب عليه الرد وجب عليه اجره والرد في العارية واجب على المستعير

لانه قبضه لمنفعة نفسه والغرم بازاء الغنم وكذا المنفعة فى الوديعة للمالك وفى الرهن ايضا المنفعة للمرتهن لان
بعد استيفاء دينه يلزمه تسليم الرهن للراهن وفى الاجارة ليس الرد واجبا على المستاجر وانما الواجب عليه التمكين
والتخلية لان منفعة قبضه سالمة للموجر معنى فيلزم عليه مؤنة رده وعلى هذا كان اجرة رد المغصوب على الغاصب
لان الواجب عليه الرد دفعا للضرر عن المالك فيلزم المؤنة عليه واذا رد المستعير الدابة المستعارة الى اصطبل
ربها او العبد او الثوب الى دار مالكه برئ يعنى لو رد المستعار الى دار المعير ولم يسلم اليه فهلك لم يضمن استحسانا
وفى القياس يضمن لان ذلك تضييع لا رد وصار كرد المغصوب او الوديعة الى دار المالك من غير تسليم اليه لان
الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره وعلى المودع الرد الى المالك لا الى داره ومن فى عياله
لانه لو ارتضى بالرد الى عياله لما اودعها اياه وجه الاستحسان ان فى العارية عرفا ليس فى غيرها وهو ان رد العوارى
الى دار الملاك معتاد كالة البيت فانه لو ردها الى المالك لردها المالك الى المربط والمعتاد عرفا كالمنصوص عليه بخلاف
الغصب والوديعة كما ذكرنا وان رد المستعير الدابة المستعارة مع عبده اى عبد المستعير او اجيره مشاهرة
اى شهريا او مسانهة اى سنويا برئ لانها امانة وله حفظها على ايديهم كما فى الوديعة وكذا ان ردها مع اجير ربها
او عبده لوجود الرضى به من المالك الا يرى انه لو ردها اليه فهو يردها الى عبده يقوم على الدابة اولا اختلفوا فى اشتراط
كون هذا العبد ممن يقوم على الدواب فقيل به وقيل هو وغيره سواء وهو الاصح لوجود الدفع اليه فى الجملة بخلاف
ردها مع الاجنبى فانه يضمن ودلت المسئلة على ان المستعير لا يملك الايداع قصدا كما قال بعض المشايخ وهو
الكرخى ومن قال بانه يملك الايداع وهو مشايخ العراق اولوا هذه المسئلة بانتهاء العارية لانقضاء مدتها وكان
اذ ذاك مودعا وليس له ان يودع غيره فاذا اودعه وفارقه ضمن بالاتفاق كذا فى العناية قوله فكان اذ ذاك
مودعا اقول بل الوجه اذ ذاك متعديا حتى اذا هلكت فى يده ضمن فكذا اذا تركها فى يد الاجنبى ذكره الزيلعى نعم كونه
كالمودع بعد انقضاء المدة قول لبعض الاصحاب لكن الرجحان للتضمين وهو قول السرخسى واختيار قاضى خان
كذا فى حاشية سعد چلبى بخلاف ردها مع الاجير مياومة اى اجير المستعير يوميا لانه ليس فى عياله فكان فى
حكم الاجنبى وبخلاف رد شئ نفيس كالجواهر وامثالها الى دار مالكه او الى من فى عيال المعير من عبيده واجيره
فانه لا يبرأ بالرد الى هؤلاء لانه لم تجر العادة بطرح امثالها الى الدار ولا بالتسليم الى العبيد والاجير واذا اعار
ارضا بيضاء ليزرعها يكتب المستعير الارض للزراعة فى صكه اذا اراد ذلك انك قد اطعمتنى ارضك الفلانية
لازرعها عند ابى حنيفة لا اعرتنى خلافا لهما فانهما قالا يكتب انك اعرتنى لان الاعارة هى الموضوعة لهذا العقد
والكتابة بالموضوع اولى وله ان لفظ الاطعام ادل على المراد من الاعارة لانه يختص بالزراعة واما الاعارة فتارة تكون
للزراعة وتارة للبناء ونصب الفسطاط فكانت الكتابة بلفظ الاطعام اولى ليعلم ان غرضه الزراعة فروع
فى الواقعات نفقة العبد المستعار على المستعير وكسوته على المعير لان بقاء المنفعة الحالية بالنفقة والمنفعة تعود
الى المستعير بخلاف الكسوة قال ابو نصر ولو ان رجلا استعار من رجل عبدا فطعام العبد على المستعير ولو ان مولى
العبد اعار العبد فطعامه على المعير قال الفقيه ابو الليث يعنى اذا قال مولى العبد خذ عبدى هذا واستخدمه من غير ان
يستعيره فان هذا بمنزلة الوديعة فطعامه على مولاه كذا فى المحيط وفى قاضيخان الاب لا يملك اعارة مال ولده الصغير
والعبد المأذون يملك ان يعير رجل استعار من امرأة شيئا مما كان من ملك الزوج فاعارت فهلك ان كان
شيئا فى داخل البيت ومما يكون فى ايديهن عادة فلا ضمان على احد اما فى الفرس والثور فيضمن المستعير والمرأة
كذا فى الخلاصة

كذا فى الخلاصة اذا مات المعير او المستعير تبطل الاعارة رجل اعار رجل شيئا وشرط ان يكون المستعير ضامنا لما هلك فى يده
لم يصح الضمان ولا يكون ضامنا رجل دخل كرم صديق له وتناول شيئا بغير امره قال نصير ان كان يعلم ان
صاحب الكرم لو علم بذلك لا يبالى ولا يمنعه ارجو ان لا باس به رجل استعار كتابا ليقرأ فوجد فيه خطاء
ان علم ان صاحبه يكره اصلاحه ينبغى له ان لا يصلح لانه تصرف فى ملك الغير بغير اذنه وان علم انه لا يكره اصلاحه
فان اصلحه جاز له لانه ماذون له دلالة ولو لم يصلحه لا يكون آثما لان الاصلاح ليس بواجب عليه ولو استعار
سيفا او عمامة فرهنه كان ضامنا كذا فى قاضيخان

كتاب الهبة

قد ذكرنا فى كتاب العارية
وجه تعقيبها بكتاب الهبة ومن محاسنها جلب المحبة قال عليه السلام تهادوا تحابوا فهو امر ندب وقال الامام ابو
منصور يجب على المؤمن ان يعلم ولده الجود والاحسان كالتوحيد والايمان ذكره فى النهاية وقال فى الاختيار الهبة العطية
الخالية عن الاستحقاق قال تعالى يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور والاتهاب قبول الهبة وقبولها
سنة فان النبى عم قبل هدية العبد وهى نوعان تمليك واسقاط وعليهما الاجماع انتهى وهى اى الهبة لغة عبارة
عن ايصال الشئ الى الغير بما ينفعه قال تعالى فهب لى من لدنك وليا وظاهر ان الولى ليس بمال ولا بملك وشرعا
تمليك عين حالا كما هو المتبادر فخرج بقوله عين مثل النكاح والاجارة والاعارة واما اطلاق الهبة على ايصال الثواب
ثواب طاعته لغيره فعلى معنى اللغة فلا يرد ان هبة الانسان ثواب ما عمله لغيره هبة صحيحة عند اهل السنة والاعمال
اعراض فكيف يشملها وايضا قالوا ان القادر الحكيم يجعل الحسنات اجساما نورانية حتى يصح وزنها فلا اشكال اصلا
يؤيده ما فى قاضيخان حيث قال رجل تصدق عن الميت ودعا له قالوا يجوز ذلك ويصل الى الميت لما جاء فى الاخبار
ان الحى اذا تصدق عن الميت شيئا بعث الله تلك الصدقة على طبق من النور انتهى ويقولنا حالا خرجت الوصية
بلا عوض اى بلا لزوم عوض واشتراطه فى تحقق اصل ماهية الهبة شرطا حقيقيا فلا يبطل جمع تعريفها بالهبة بالعوض
وبشرط العوض اما الاولى فظاهرة لعدم اللزوم لان ما اعطاه الموهوب له الى الواهب فيها تبرع محض ليس بلازم
حتى لو لم يعطه لا تفسد الهبة واما الثانية فلان العوض وان كان لا بد فيها وكان يلزم من انتفائه بطلان الهبة فى
خصوص المادة لكن ليس اشتراط العوض من لازم اصل ماهية الهبة ولذا لو لم يشترط العاقدان فى العقد شيئا من
العوض ولم يتبرع الموهوب له بالعوض اصلا لكان هبة صحيحة عند الفقهاء بلا نزاع منهم ولزوم العوض فى الصورة
المذكورة بتنصيص العاقد على الشرط فهو من الشروط الجعلية التى ينفك عنها المشروط والمعتبر فى الهبة عدم لزوم
العوض وعدم اشتراطه بالشرطية الحقيقية التى لا يتحقق المشروط بدونه فلا ينافى اشتراط العوض بالشرط الجعلى
غايته انه كما لم يكن لازما لوجودها لا يكون منافيا لوجودها كالبرودة للماء والاخلاق الذميمة للانسان كما حقق فى مقامه
وخرج بقوله بلا عوض مثل البيع فصار الحد جامعا ومانعا وقد دخل فى عمومه ما يكون على وجه المزاح قال قاضيخان
رجل قال لآخر هب لى هذا الشئ مزاحا فقال وهبت وسلم قال ابو نصر يجوز ذلك ثم قال قاضيخان وعن عبد الله
بن مبارك انه مر بقوم يضربون الطنبور فوقف عليهم وقال هبوه منى حتى تروا كيف اضرب فدفعوه
اليه فضرب به على الارض وكسره وقال ارأيتم كيف اضرب قالوا ايها الشيخ خدعتنا وانما قال لهم ذلك احترازا
عن قول ابى حنيفة لان عنده كسر الملاهى يوجب الضمان وهذا دليل على ما مر ان هبة المازح جائزة انتهى
ثم اشار الى ركنها فقال وتصح الهبة بايجاب وقبول اعلم ان ركن الهبة هو الايجاب من الواهب واما
القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانا والقياس ان يكون ركنا وهو قول زفر وفى قول قال القبض

ايضا لكن فنقول بهذا الاختلاف يظهر فيمن حلف لا يهب هذا الشئ لفلان فوهبه منه فلم يقبل انه يحنث
استحسانا وعند زفر لا يحنث ما لم يقبل ويقبض واجمعوا على انه اذا حلف لا يبيع هذا الشئ لفلان فباعه منه
فلم يقبل انه لا يحنث وعلى هذا الاختلاف اذا قال لآخر وهبت هذا الشئ منك فلم تقبل فقال المقر له لا بل
قبلت فالقول قول المقر عندنا وعنده القول للمقر له واجمعوا على انه لو قال بعت منك هذا الشئ فلم تقبل
فقال المقر له لا بل قبلت فالقول للمقر له وجه القياس ان الهبة تصرف شرعي ووجوده شرعا باعتباره وهو عبارة
في حق الحكم والحكم لا يثبت بنفس الايجاب فلا يكون الايجاب بدون القبول هبة ووجه الاستحسان ان الهبة
في اللغة عبارة عن مجرد الايجاب الملك عن شرطه وانما القبول والقبض لثبوت حكمها لا لوجودها في نفسها
واذا اوجب فقد اتى بالهبة فترتب عليها الاحكام والدليل على وقوع التصرف هبة لا تقف على القبول ما
روى عن رسول الله عليه السلام انه قال لا تجوز الهبة الا مقبوضة محوزة اطلق اسم الهبة بدون القبض والحيازة
والاصل هو ان معنى التصرف الشرعي هو ما دل عليه اللفظ لغة بخلاف البيع فانه اسم للايجاب مع القبول
لا يطلق اسم البيع لغة وشريعة على احدهما دون الآخر فما لم يوجد لا يتم التصرف سمته البيع ولان المقصود
من الهبة هو اكتساب المدح والثناء باظهار الجود والسخاء وهذا يحصل بدون القبول بخلاف البيع وكذا الغرض
من الحلف هو منع النفس عن مباشرة المحلوف عليه وذلك هو الايجاب لانه فعل الواهب فيقدر على منع نفسه
عنه فاما القبول والقبض ففعل الموهوب له فلا يكون مقدور الواهب والملك حكم شرعي يثبت جبرا من الله تعالى
شاء العبد او ابى فلا يتصور منع النفس عنه ايضا بخلاف البيع فانه وان منع نفسه عن فعله وهو الايجاب الا ان
الايجاب بهما لا يصير بيعا بدون القبول فشرط القبول ليصير بيعا كذا في البدائع وتتم بالقبض يعني ان الملك
من جهة الموهوب له لا يثبت بالقبول بدون القبض عندنا وقال مالك يثبت الملك فيها قبل القبض اعتبارا
بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا ما مر من قوله عم لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد لا يثبت حكم الهبة وهو الملك اذ الجواز
ثابت قبل القبض بالاتفاق ولانه عقد تبرع ولا يلزم به شئ لم يتبرع به فاذا ثبت الملك بدون القبض لزم المتبرع
شئ لم يلتزمه وهو التسليم بخلاف الوصية فان الملك يثبت فيها بدون القبض لانه لا التزام ثمه زيادة على ما تبرع به
وذلك لان اوان ثبوت الملك فيها بعد الموت وح لا يتصور الالتزام على المتبرع لعدم اهلية اللزوم ولا على الوارث
لعدم الملك اذ حق الموصى له مقدم على حق الوارث ثم لا ينفذ ملك الموهوب له في الموهوب الا بالقبض الكامل لكن
في الموهوب غير ان الكمال يختلف بحسب تحمل الموهوب فالقبض الكامل في المنقول ما يناسبه وفي العقار بما يناسبه
فقبض مفتاح الدار قبض لها والقبض الكامل فيما يحتمل القسمة بالقسمة حتى يقع على الموهوب بالاصالة من غير
ان يكون بتبعية قبض الكل وفيما لا يحتمل بتبعية الكل ثم المختار ان تصح الهبة الصحيحة بالتخلية لا الفاسدة ذكره
في الظهيرية وان الهبة الفاسدة تفيد الملك بالقبض وبه يفتى ذكره في الفصولين كذا في الدرر ولو قال لآخر
وهبت عبدي هذا منك والعبد حاضر بحيث لو مد يده ناله فقال قبضته قال ابو بكر جازت الهبة من غير قوله
قبلت ويصير قابضا في قول محمد وقال ابو يوسف لا يصير قابضا ما لم يقبض وان كان العبد غائبا فقال له
وهبت منك عبدي فلان فاذهب واقبضه فقبضه جاز وان لم يقل قبلت وبه يؤخذ كذا في قاضي فان قبض
اي ان قبضها الموهوب له في المجلس اي في مجلس عقد الهبة بلا اذن صريح من الواهب صح القبض استحسانا وان
قبضها بعده فلا يصح القبض بدون الاذن بل لا بد من الاذن الصريح في القبض والقياس ان لا يصح في الوجهين

وهو قول

وهو قول الشافعي لان القبض تصرف في ملك الواهب لان ملكه قبل القبض باق بالاتفاق ولنا وجه الاستحسان
في الاول ان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع من حيث ان الحكم وهو ثبوت الملك يتوقف عليه فيهما كما
يتوقف على القبول فيه ومقصود الواهب من عقد الهبة اثبات الملك للموهوب له فيكون الايجاب منه تسليطا
على القبض تحصيل المقصوده ولا كذلك القبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه الحاقا للقبض بالقبول
والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما قام مقامه وكذلك الصدقة والقرض والبيع الفاسد ان قبض بعد الافتراق عن
المجلس ان قبض بحكم الاذن بخلاف ما اذا نهاه عن القبض في المجلس لان الثابت ضمنا لا يعارض الصريح او نقول
النهي رجوع والقبض كالقبول وانه يملك الرجوع قبل القبول ثم شرع في بيان الالفاظ التي ينعقد بها الهبة فقال
وتنعقد الهبة بوهبت لانه صريح فيها ونحلت لانه مستعمل فيها يقال نحله كذا اعطاه اياه بطيب نفس بلا عوض
واعطيت لانه صريح ايضا واطعمتك هذا الطعام لان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين
ذكره في الهداية وقال صاحب المحيط اضافة الاطعام الى ما يطعم عينه يحتمل التمليك والاباحة فلا بد ان يضم اليه قوله
فاقبضه ليتعين ان المراد به التمليك وكسوتك هذا الثوب لان الكسوة يراد بها التمليك لقوله تعالى او كسوتهم
واعمرتك هذا الشئ لقوله عليه السلام من اعمر عمرى فهو للمعمر له ولورثته من بعده اي ولورثة المعمر له من بعد المعمر له فيه تثبت
بها الهبة ويبطل ما اقتضاه من شرط الرجوع وكذا لو شرط الرجوع صريحا يبطل شرطه وجعلته لك عمرى لان اللام
للتمليك وداري لك مبتدأ وخبر هبة نصب على الحال من ضمير الظرف واللام في لك للتمليك قوله تسكنها تسكن
وليس بتفسير له وهو تنبيه على ما هو المقصود انه ملكه الدار ليسكنها وان لم يذكره فلا يتغير به حكم التمليك فيكون بمنزلة
قوله هذا الطعام لك تأكله وهذا الثوب لك تلبسه فان شاء قبل مشورته وفعل ما قال وان شاء لم يقبل
وبنيتها اي بنية الهبة في قول الواهب حملتك على هذه الدابة لانه ليس بصريح فيها فيحتاج الى النية
وذلك لان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الامير فلانا على الفرس يراد به
التمليك فيحمل عليه عند نيته وان قال داري لك هبة سكنى تكون عارية لان قوله سكنى اسم فجاز ان يقع
تمييزا وتفسيرا لما قبله من الاسم بخلاف قوله تسكنها لكونه فعلا لا يقع تمييزا لاسم آخر وقيل لان قوله تسكنها فعل
المخاطب فلا يصلح تفسيرا لقول المتكلم او داري لك سكنى هبة فان معناه داري لك بطريق السكنى حال
كون السكنى هبة فتكون عارية لا هبة او داري لك نحلى سكنى النحل اسم من النحلة اي الاعطاء تقديره نحلتها
نحلى ثم قوله سكنى تمييز او داري لك سكنى صدقة اي بطريق السكنى حال كون السكنى صدقة او داري لك صدقة
عارية اي حال كونها صدقة بطريق العارية لعارية تمييز يفهم منه المنفعة او داري لك عارية هبة فعارية
اي بطريق العارية حال كونها هبة فلما قال عارية فهم منها المنفعة فمعناه حال كون المنافع موهبة لك وتصح هبة مشاع
لا يحتمل القسمة لا تصح في ما يحتملها اي القسمة وضابطه ان كل شئ يضره التبعيض فيوجب نقصانا في
ماليته لا يحتمل القسمة كالعبد والحيوان والحمام والبيت الصغير فحجر الرحى وما لا يوجب ذلك فهو يحتملها كالدار والبيت
الكبير فان قسم المشاع قبل التسليم وسلم صح وتحقيقه ان ملك الموهوب له فيما وهب له لا يثبت الا محوزة
مقسوما لان الهبة في نفسها فيما يقسم تقع جائزة ولكن غير مثبتة للملك قبل تسليمه حفرزا فاذا وهب مشاعا
فيما يقسم ثم افرزه وسلمه صحت ووقعت مثبتة للملك لان تمامها بالقبض الكامل وعنده الشيوع قال
الشافعي هبة المشاع جائزة في الوجهين ومثبتة للملك للموهوب له لانه عقد تمليك فيصح في المشاع وغيره

كالبيوع بانواعه يعني الصحيح والفاسد والصرف والسلم فان الشيوع لا يمنع تمام القبض فيها بالاجماع فاذا باع وخلى
بينه وبين المشتري خرج عن ضمان البايع ودخل في ضمان المشتري وملكه المشتري وان كان البيع فاسدا وكذا
يصلح المشاع ان يكون راس مال السلم وبدل الصرف والقبض شرط فيهما وجواز ذلك باعتبار ان المشاع قابل
لحكم عقد الهبة وهو الملك كما في البيع والارث وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح ان يكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع
كالقرض والوصية بان دفع الف درهم الى رجل على ان يكون نصفه قرضا عليه ويعمل في النصف الآخر بشركته وبان
اوصى لرجلين بالف درهم فان ذلك صحيح ولنا ان القبض في الهبة منصوص عليه لما روينا من قوله عليه السلام لا تجوز
الهبة الا مقبوضة والمنصوص عليه يشترط كماله لان التنصيص عليه يدل على اعتنائه بوجوده وقبض المشاع ناقص
لانه لا يقبله الا بضم غير الموهوب الى الموهوب فكل جزء فرضته يشتمل على ما يجب قبضه وما لا يجوز قبضه فكان مقبوضا
من وجه دون وجه وفيه شبهة العدم النافية للاعتناء بشانه ولان في تجويزه الزام الواهب شيئا لم يلتزمه
وهو مؤنة القسمة وتجويز ذلك لا يجوز لزيادة الضرر بخلاف ما لم يقسم لان الممكن فيها القبض القاصر فيكتفى به ضرورة
ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة ثم الشيوع مانع فيما يكون القبض من شرطه لعدم تحققه في المشاع والوصية ليست
كذلك وكذلك البيع الصحيح واما البيع الفاسد والصرف والسلم فان كان القبض فيها شرطا للملك لكنه غير منصوص
عليه فيها والقرض تبرع من وجه بدليل انه لا يصح من الصبي والعبد وعقد ضمان من وجه فانه مضمون بالمثل فلشبهه
بالتبرع شرطنا القبض فيه ولشبهه بعقد الضمان لم نشترط فيه القسمة عملا بالشبهين ولو وهب من شريكه
لم يجز وان لم يكن فيه مؤنة القسمة لان الحكم يدار على نفس الشيوع فانه مانع عن كمال القبض فيما يجب القبض
فيه على الكمال ثم المانع من الشيوع ما كان عند القبض حتى لو وهب نصف داره لرجل ولم يسلم حتى وهب له نصف
الباقي وسلمها جملة جازت كذا في العناية ثم اشار الى ان المحل ان كان معدوما لم ينعقد الا بالتجديد بقوله ولا يجوز
هبة دقيق في بر وهبة دهن في سمسم وسمن في لبن وان كان للوصل طحن البر واستخرج الدهن والسمن وسلم
لانعدام الموهوب عند عقد الهبة بخلاف ما اذا كان مشاعا فانه بعد الافراز لا يحتاج الى التجديد لصلاحية المشاع
للمحلية حتى جاز بيعه دون المعدوم وانما جعل الدقيق ونحوه معدوما لانه ليس بموجود بالفعل وانما يحدث بعد العمل كالطحن
والعصر ولا معتبر بكونه موجودا بالقوة لان عامة المعدومات الممكنة كذلك ولا تسمى موجودة وهبة لبن في ضرع مبتداء
خبره قوله الآتي كهبة المشاع وصوف على ظهر غنم ونخل وزرع في ارض وتمر في نخل كهبة المشاع حاصله ان هذه الاشياء
ليست بمشاع بل هي نظائره من حيث انها تمنع تمام القبض فاذا فصلت هذه الاشياء عن ملك الواهب وسلمت
صح هبتها كالمشاع فروع ولو وهب ارضا فيها زرع او نخيل او وهب نخلا فيها تمرا او وهب الزرع بدون الارض او
النخيل بدون الارض او نخيلا بدون التمر لا تجوز الهبة في هذه المسائل لان الموهوب متصل بغيره اتصال خلقة
مع امكان القطع والفصل فقبض احدهما بدون الآخر غير ممكن في حالة الاتصال فيكون بمنزلة المشاع الذي يحتمل
القسمة ولو وهب دارا فيها متاع الواهب وسلم الدار بما فيها ثم وهب المتاع جازت الهبة في المتاع لان
الدار مشغولة بالمتاع فصحت هبة المتاع ولو وهب المتاع اولا وسلم الدار مع المتاع ثم وهب الدار صحت
الهبة فيهما جميعا ولو وهب الدار دون المتاع او الارض دون الزرع والنخل او النخل دون التمر او التمر دون
النخل ولم يسلم حتى وهب المتاع والزرع والنخل والتمر وسلم الكل صحت الهبة في الكل لانه لم يوجد عند القبض
والتسليم ما يمنع القبض والتسليم فصار كما لو وهب الكل بهبة واحدة وسلم اما اذا فرق التسليم والقبض بان فرق

العقد

العقد ينفذ كل عقد بحكم ذلك القبض كما لو وهب نصف الدار وسلم ثم وهب النصف الآخر وسلم فانه يفسد العقد
جميعا ولو وهب زرعا بدون الارض او تمرا بدون النخل وامره بالحصاد والجذاذ ففعل الموهوب له ذلك جاز لان
الموهوب له اذا قبض باذن الواهب جاز قبضه في المجلس وبعده وان قبض بدون اذنه ان قبض في المجلس قبل
الافتراق جاز استحسانا لان القبض في الهبة بمنزلة القبول فصح في المجلس ما لم ينهه كذا في قاضي خان وهبة
شيء هو اي الشيء في يد الموهوب له بطريق الامانة او الوديعة او العارية او الغصب ونحوها تتم بلا تجديد قبض
لانتفاء المانع وهو عدم القبض فاذا وجد القبض امانة جاز ان ينوب عن قبض الهبة بخلاف ما اذا باعه منه لان
القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الامانة والاصل في ذلك ان تجانس القبضين يجوز نيابة
احدهما عن الآخر وتغايرهما يجوز نيابة الاعلى عن الادنى دون العكس فاذا كان الشيء وديعة في يد رجل
او عارية مثلا فوهبه اياه لا يحتاج الى قبض جديد لان كلا القبضين ليس بقبض ضمان فكانا متجانسين ولو كان
بيده مغصوبا او بيعا فاسدا فوهبه اياه لم يحتج الى تجديده لان الاول اقوى فينوب عن الضعيف ولو كانت وديعة
فباعه منه فانه يحتاج اليه لان قبض الامانة ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان ثم معنى تجديد القبض ان ينتهي الى
موضع فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضها كذا في العناية ولو كان الموهوب مرهونا في يده ذكر في الجامع
انه يصير قابضا وينوب قبض الرهن عن قبض الهبة واذا صحت الهبة بالقبض بطل الرهن ويرجع المرتهن بدينه على
الراهن كذا في البدايع وهبة الاب لطفله تتم بالعقد سواء كان في عياله او لا بخلاف ما اذا وهبه لابنه الكبير وهو
في عياله فانه لا بد من قبضه لانه لا ولاية له عليه فلا يقبض له الا له ذكره في الاختيار فيملك الصغير الموهوب بمجرد عقد الهبة
والقبض فيه باعلام ما وهبه له وليس الاشهاد بشرط الا ان فيه احتياطا للتحرز عن جحود الورثة بعد موته او جحوده
بعد ادراك الولد اذا كان الموهوب في يد الاب او يد مودعه اي مودع الاب لانه في يد الاب وولايته وهو
الذي يقبض له فكان قبضه كقبضه لا تتم بمجرد العقد ان كان الموهوب في يد غاصب او مبتاع بيعا فاسدا او مرتهن
وكذا اذا كان في يد المرتهن او المستاجر لان كل واحد منهم قابض لنفسه فلا يكون قبضهم كقبض الاب فرع رجل غرس
كرما ولده ابن صغير فقال جعلته لابني فلان يكون هبة لان الجعل عبارة عن التمليك ذكره قاضي خان للرجل ان يعدل
بين اولاده في النحل لقوله تعالى ان الله يامر بالعدل والاحسان فاما كيفيته فقد قال ابو يوسف العدل بينهم في
ذلك ان يسوي بينهم في العطية ولا يفضل الذكر على الانثى وقال محمد العدل بينهم ان يعطيهم على سبيل المواريث
للذكر مثل حظ الانثيين كذا ذكر القاضي الاختلاف بينهما في شرح مختصر الطحاوي وذكر محمد في الموطا ينبغي للرجل ان يسوي
بين اولاده في النحل ولا يفضل بعضهم على بعض وظاهر هذا يقتضي ان يكون قول محمد مع ابي يوسف وهو الصحيح
لان بشيرا ابا النعمان اتى بالنعمان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني نحلت ابني هذا غلاما كان لي
فقال له رسول الله عليه السلام اكل ولدك نحلته مثل هذا فقال لا فقال رسول الله عليه السلام فارجعه وهذا
اشارة الى العدل بين الاولاد في النحلة والتسوية بينهم ولان في التسوية تاليف القلوب والتفضيل يورث
الوحشة بينهم فكانت التسوية اولى ولو نحل بعضا وحرم بعضا جاز من طريق الحكم لانه تصرف في خالص ملكه
لا حق لاحد فيه الا انه لا يكون عدلا سواء كان المحروم فقيها تقيا او جاهلا فاسقا على قول المتقدمين
من مشايخنا واما على قول المتأخرين منهم لا باس ان يعطي المتأدبين منهم والمتفقهين دون الفسقة
الفجرة كذا في البدايع وقال صاحب الخلاصة وعند ابي يوسف بينهما سواء هو المختار لورود الآثار واشتهر الفتوى

على قول ابي يوسف ولو وهب رجل في صحته كل المال للولد جاز في القضاء ويكون آثما فيما صنع والصدقة في ذلك
كالهبة ولو تصدق على ابنه الصغير بدار والاب ساكن فيها لا يجوز في قول ابي حنيفة ويجوز في قول ابي يوسف وعليه
الفتوى ولو وهب عبده الابق بولده الصغير لا يجوز ولو باع جاز رجل اتخذ ثيابا لولده الصغير ثم اراد ان يدفع
الى ولد له آخر لم يكن له ذلك لانه لما اتخذ ثوبا لولده الاول صار ملكا للاول بحكم العرف فلا يملك الدفع الى غيره الا اذا
بين للاول عند اتخاذه انه عارية لان الدفع الى الاول يحتمل الاعارة فاذا بين صح بيانه امرأة لها مهر على زوجها
وهبت المهر لابنها الصغير الذي من هذا الزوج الصحيح انه لا تصح هذه الهبة لان هبة الدين من غير من عليه
الدين لا يجوز الا اذا وهبت وسلطت ولدها على القبض فيجوز فيصير للولد اذا قبض كذا في قاضيخان والام كالاب
عند غيبته اي غيبة الاب غيبة منقطعة او عند موته وعدم وصيه ان كان الطفل في عيالها فتتم هبتها لانه لا يحتاج
العقد ويجوز لها قبض الهبة لاجل اليتيم لان لها الولاية فيما يرجع الى حفظه وحفظ ماله وهذا من بابه لانه لا
يبقى الا بالمال فلا بد من ولاية التحصيل قيد بغيبة منقطعة لان ولاية الاب غير منقطعة بغيبة غير منقطعة وبالموت
وعدم الوصي لان عند وجود احدهما ليس لها ولاية القبض وبكونه في عيال الام ليكون لها نوع ولاية وكذا اي
كالاب كل من يعول اي ينفق الطفل كذا في النهاية نحو الاخ والعم والاجنبي جاز له قبض الهبة لاجل اليتيم قال
صاحب النهاية اطلق جواز قبض هؤلاء ولكن ذكر في الايضاح ومختصر الكرخي ان ولاية القبض لهؤلاء اذا لم
يوجد واحد من الاربعة وهو الاب ووصيه والجد ابو الاب ووصيه فاما مع وجود واحد منهم فلا سواء كان الصبي
في عيال القابض او لم يكن وسواء كان ذا رحم محرم منه او اجنبيا لانه ليس لهؤلاء ولاية التصرف في ماله
فقيام ولاية من يملك التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له فاذا لم يبق واحد منهم جاز قبض من كان الصبي
في عياله لثبوت نوع ولاية له حينئذ الا يرى انه يؤدبه ويسلمه في الصنائع فقيام هذا القدر يطلق حق قبض الهبة
لكونه من باب المنفعة وارى انه لم يطلق ولكنه اقتصر في التقييد بمثل الجد ووصيه للعلم بان الجد الصحيح مثل الاب في
اكثر الاحكام ووصيه كوصي الاب كذا في العناية وهبة الاجنبي له اي للطفل تتم بقبضه اي قبض الطفل
نفسه لو كان الطفل عاقلا لانه تصرف نافع وهو من اهله وتتم بقبض ابيه ثم وصيه ثم جده ثم وصي جده لان
لهؤلاء ولاية على اليتيم لقيامهم مقام الاب قال في البدائع يقبض له ابوه ثم وصي ابيه بعده ثم جده ابو ابيه ثم وصي
جده سواء كان الصبي في عيال هؤلاء او لم يكن فيجوز قبضهم على هذا الترتيب حال حضرتهم واذا غاب
واحد منهم غيبة منقطعة جاز قبض الذي يتلوه في الولاية لان التأخير الى قدوم الغائب تفويت المنفعة
على الصغير فتنتقل الولاية الى من يتلوه وان كان دونه كما في ولاية النكاح انتهى او قبض امه ان كان في حجرها
اي في كنفها لما ان لها الولاية او كان في حجر اجنبي يربيه كاللقيط لما عرفت ان له يدا معتبرة لسبقها الا
يرى ان اجنبيا آخر لا يتمكن من نزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه لكن بشرط ان لا يوجد واحد من
الاربعة المذكورة قال قاضيخان وللملتقط ان يسلم اللقيط الى غيره في تعليم الاعمال ولا يكون لاجنبي آخر
ان يسترده منه انتهى او بقبض زوج الطفل لها ولو للوصل مع حضرة الاب بعد الزفاف لان الاب قد
فوض امورها الى الزوج حيث زفها اليه وهي صغيرة واقامه مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها وقبض الهبة
من حفظ المال لكن لا يبطل بذلك ولاية الاب حتى لو قبضها جاز وكذا لو قبضت بنفسها وقول صاحب
الهداية هو الصحيح احتراز عما ذكر في الايضاح ان قبض الزوج لها انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا بخلاف الام

قال قاضيخان ولو كان الصغير يعقل القبض فقبض الهبة جاز ... لا يرجع الواهب في الهبة ... صح

وكل من

وكل من يعولها غيرها فانهم لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة لان تصرف هؤلاء للضرورة
لا لتفويض الاب ولا ضرورة مع حضور الاب لكن الصحيح ان الزوج يملكه مع حضور الاب لما ذكرنا واطلق
المصنف عن كونها يجامع مثلها لان الاطلاق هو الصحيح ايضا لا يقبض الزوج قبله اي قبل الزفاف فانه
لا معتبر لقبض الزوج لها لان ذلك بحكم انه يعولها وان له عليها يدا مستحقة وذلك لا يوجد قبل الزفاف
كذا في العناية فرع وان كان الصغير في حجر العمة وعيالها فوهب للصغير هبة ووصي الاب حاضر فقبض
العمة قيل لا يجوز قبضها لان الوصي بمنزلة الاب وان قبض الاخ او العم او الام والصغير في عيال الاجنبي
لا يجوز وان قبض ذلك الاجنبي الذي الصغير في عياله جاز وان كان الصغير في عيال الجد او الاخ او الام او
العمة فوهب له هبة فقبض الهبة من كان الصغير في عياله والاب حاضر اختلف المشايخ فيه قال بعضهم
لا يجوز والصحيح هو الجواز كذا في قاضيخان وصح هبة اثنين لواحد دارا لانتفاء الشيوع لان الشيوع
اما ان يكون بالتسليم او القبض وهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع لا عكسه يعني هبة واحد دارا
لاثنين لا تصح عند ابي حنيفة خلافا لهما فان عندهما تجوز هذه الهبة ايضا لانها هبة الجملة منهما لاتحاد التمليك فلا
شيوع في هبة الجملة كما اذا رهن من رجلين بل اولى لان تأثير الشيوع في الرهن اكثر منه في الهبة حتى لا يجوز
الرهن في مشاع لا يحتمل القسمة دون الهبة ثم انه لو رهن من رجلين جاز فالهبة اولى وله ان هذه هبة
النصف من كل واحد منهما ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل احدهما صح فصار كما لو وهب النصف لكل واحد
منهما بعقد على حدة بخلاف الرهن لان حكمه الحبس ولا شيوع فيه بل يثبت لكل واحد منهما كملا ولهذا لو
قضى احدهما لا يسترد شيئا من الرهن وصح تصدق عشرة دراهم على فقيرين وهبتها لهما ولا تصحان
لغنيين عند ابي حنيفة خلافا لهما فانهما قالا تصحان للغنيين ايضا لان كل واحد منهما جعل مجازا عن الاخر
والجامع ان كلا منهما تمليك بغير بدل فيجعل الصدقة على الغنيين مجازا للهبة وجه الفرق ان الاعطاء للفقير
يراد به وجه الله تعالى وهو واحد سواء كان بلفظ الصدقة او بلفظ الهبة وسواء كان فقيرا واحدا او اكثر والاعطاء
للغني يراد به وجه الغني وهما اثنان فكان شائعا والصدقة على الغني هبة لانه ليس من اهل الصدقة كذا
في الاختيار والهداية ثم قال في الهداية وقيل هذا هو الصحيح ثم في مسئلة الصدقة روايتان وهو الاظهر كما
في المبسوط والصحيح الصحة كما في العمادي كذا في القهستاني باب الرجوع عنها يصح الرجوع فيها اي في الهبة
بخلاف الصدقة اذا تمت بالقبض فان المتصدق لا يرجع فيها سواء كانت للقريب او للاجنبي ولو وهب
رجل شيئا ثم قال الواهب اسقطت حقي في الرجوع لا يسقط حقه واذا وهب الدين من المديون ليس له ان
يرجع فيه لان الدين سقط بالهبة فلا يحتمل العود كذا في قاضيخان كلا او بعضا اذا كان الموهوب له اجنبيا
وقال الشافعي لا يصح الرجوع فيها لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده
ولنا قوله عليه السلام الواهب احق بهبته ما لم يثب اي لم يعوض والمراد بما روى انه لا يستبد الواهب
بالرجوع في الهبة ولا ينفرد به من غير قضاء او رضاء الا الوالد فان له ذلك اذا احتاج اليه لحاجته ولا يحل الرجوع
من غير قضاء ولا رضى الا الوالد فانه يحل له ذلك عند الحاجة ويسمى ذلك رجوعا باعتبار الظاهر وان لم يكن
رجوعا في الحكم ولكنه يكره له الرجوع لقوله عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قيئه فهذا استقباحه لا
لتحريمه بدليل قوله عليه السلام في حديث آخر كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه وفعل الكلب لا يوصف بالحرمة

بل بالقبح ويمنع منه اى من الرجوع منها حروف دمع خزقه فتجمع القائل موانعه فى قوله موانع الرجوع فى فصل
الهبة يا صاحبى حروف دمع خزقه والمعنى التركيبى ان دمعه لكثرته بحال كان اطرافه نفصول تخرج وجهه فالحرف
الطرف وخزقه اى نفذ فيه وتذكير الضمير على نحو قوله تعالى ان رحمة الله قريب من المحسنين فالدال فى قوله دمع
المراد به الزيادة ولابد من قيد آخر وهو ان يكون زيادة تورث زيادة فى قيمة الموهوب لانها لو لم تكن كذلك عادت نقصانا
فرب زيادة صورة كانت نقصانا فى المعنى كالاصبع الزائدة مثلا كذا فى العناية وعليه بنا مسئلة قاضى خان
حيث قال ولو وهب عبدا صغيرا فشب وصار رجلا طويلا لا يرجع الواهب فيه لان الزيادة فى البدن تمنع
الرجوع وان كانت تنقص القيمة انتهى واشترط الزيادة لان النقصان لا يمنع الرجوع كما قال قاضى خان
انه لو وهب شجرة باصلها فقطعها الموهوب له كان للواهب ان يرجع فيها وفى مكانها من الارض هو الصحيح لان
القطع نقصان والنقصان لا يمنع الرجوع انتهى المتصلة بالاصل سواء كانت الزيادة بفعل الموهوب كالبناء
كالبناء والغرس والصبغ بمثل عصفر او زعفران وجعله قباء ونحو ذلك او لا بفعله كالحسن والسمن وزيادة السعر
ونحوها وذلك لان الزيادة ليست بموهوبة ولم يرد عليها العقد فلا يجوز ان يرد الفسخ عليها ولا على الاصل
بدونها لانه غير ممكن فامتنع اصلا فان صبغ الثوب بصبغ لا يزيد فيها وينقصه فله ان يرجع لان المانع من
الرجوع هى الزيادة فاذا لم يزده الصبغ فى القيمة التحقت الزيادة بالعدم لا الزيادة المنفصلة فانها لا تمنع
الرجوع سواء كانت متولدة من الاصل كالولد واللبن والثمرة او غير متولدة كالارش والعقر والكسب والغلة
لان هذه الزوائد لم يرد عليها العقد فيرد عليها الفسخ وانما ورد على الاصل فيمكن فسخ العقد فى الاصل
دون الزيادة بخلاف المتصلة وبخلاف ولد المبيع انه يمنع الرد بالعيب لان المانع هناك هو الربوا الا ان يبقى
الولد بعد رد الام لكل الثمن مبيعا مقصودا لا يقابله عوض وهذا تفسير الربوا ومعنى الربوا لا يتقرر فى الهبة
لان جريان الربوا يختص بالمعاوضات فجاز ان يبقى الولد هنا مقصودا بلا عوض بخلاف البيع وكذلك
الزيادة من سعر لا يمنع الرجوع لانه لا تعلق له بالموهوب وانما هى رغبة يحدثها الله تعالى فى القلوب فلا تمنع
الرجوع ولهذا لم تعتبر هذه الزيادة فى اصول الشرع فلا تعتبر فى ضمان الغصب والرهن ولا تمنع الرد بالعيب
واما نقصان الموهوب فلا يمنع الرجوع لان ذلك رجوع فى بعض الموهوب مع بقائه بكماله فكذا اذا نقص
فلا يضمن الموهوب له النقصان لان قبض الهبة ليس بقبض مضمون كذا فى البدايع ولو زادت الهبة
فى بدنها ثم ذهبت الزيادة كان للواهب ان يرجع فى هبته للموهوب له اذا علم الموهوب القرآن او
الكتابة او كانت عجمية فعلمها الكلام او شيئا من الحروف فلا يرجع الواهب فى الهبة لحدوث الزيادة فى العين
ولو وهب عبدا كافرا فاسلم عند الموهوب له لا يكون للواهب ان يرجع فى الهبة لان فى الاسلام زيادة
ولو وهب شيئا له حمل ومؤنة ببغداد فحمله الموهوب له الى بلدة اخرى لا يكون للواهب ان يرجع فيه ولو
وهب جارية فى دار الحرب فاخرجها الموهوب له الى دار الاسلام ليس للواهب ان يرجع رجل وهب
ثوبا فقصره الموهوب له لا يرجع الواهب فى الهبة بخلاف ما لو غسله لان القصارة زيادة بخلاف الغسل
رجل وهب لرجل مصحفا فنقطه الموهوب له باعراب لا يرجع الواهب فى هبته كذا فى قاضى خان والميم
موت احد العاقدين فاذا مات الواهب لا سبيل للوارث عليها اذ هو اجنبى عن العقد واما اذا
مات الموهوب فالموهوب انتقل الى الورثة فصار كما اذا انتقل حال حيوة المورث والعين العوض

وليس

وليس من شرط العوض ان يساوى الموهوب بل القليل والكثير والخسيس وخلافه سواء لانها
ليست بمعاوضة محضة فلا يتحقق فيها الربوا ولكن يشترط ان لا يكون العوض بعض الموهوب مثل ان
يكون الموهوب دارا والعوض بيت منها او الموهوب الفا والعوض درهم منها فانه لا ينقطع به حق الرجوع لانا
نعلم بيقين ان قصد الواهب من هبته لم يكن ذلك والا لامسك ذلك المقدار فلم يحصل له ما كان مقصوده خلافا
لزفر فانه قال التحق ذلك بسائر امواله والجواب ان الرجوع فيه قبل العوض صحيح دون سائر امواله فلم يلتحق به
المضاف اليها اذا قبض اعلم انه لا خلاف بين اصحابنا فى ان العوض اذا لم يكن مشروطا فى العقد بل كان
متاخرا عن العقد فذلك ليس عوضا حقيقة بل هو فى حكم الهبة المبتدأة فيشترط فيه شرائط الهبة من القبض
والحيازة ويبطل بما يبطل به الهبة لما يخالفها الا فى اسقاط الرجوع على معنى انه يثبت الرجوع فى الاولى ولا يثبت
فى الثانية واما فيما وراء ذلك فانه فى حكم هبة مبتدأة لانه تبرع بتمليك العين للحال وهذا معنى الهبة الا انه
تبرع به ليسقط حق الرجوع عن نفسه فى الهبة فكانت هبة مبتدأة مسقطة لحق الرجوع فى الهبة الاولى فاذا قبض
الواهب العوض فليس لكل واحد منهما ان يرجع على صاحبه فيما ملكه اما الواهب فلانه قد سلم له العوض عن هبته
وانه يمنع الرجوع واما الموهوب له فلانه قد سلم له ما هو فى معنى العوض فى حقه وهو سقوط حق الرجوع فيمنعه
من الرجوع لقوله عليه السلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اى ما لم يعوض وقد عوض منها فلم يصر احق بها
كذا فى البدايع نحو قول الموهوب له للواهب خذ هذا عوضا عن هبتك او بدلا عنها او فى مقابلتها وكذا لو قال
خذ هذا مكان هبتك او ثواب منها او كافيتك به او جازيتك عليها او آتيتك او نحلتك هذا عن هبتك او
تصدقت به عليك بدلا عن هبتك فهذا كله عوض فى حكم الهبة ولو للوصل كان العوض من جانب الاجنبى
فسواء كان تعويض الاجنبى بامر الموهوب له او بغير امره لم يكن للواهب ان يرجع فى هبته ولا للمعوض ان
يرجع فى العوض على الواهب ولا على الموهوب له اما الواهب فانما لا يرجع فى هبته لان الاجنبى ان عوض
بامر الموهوب له قام تعويضه مقام نفسه ولو عوض بنفسه لم يرجع فكذا اذا عوض الاجنبى بامره وان عوض
بغير امره فقد تبرع باسقاط الحق عنه والتبرع باسقاط الحق عن الغير جائز كما لو تبرع بمخالعة امرأة من زوجها
واما المعوض فانما لا يرجع على الواهب لان مقصوده من التعويض سلامة العوض له واسقاط حق الرجوع وقد
سلم له ذلك واما لا يرجع على الموهوب له اما اذا كان بغير امره فلانه تبرع باسقاط الحق عنه فلا يملك ان يجعل
ذلك مضمونا عليه واما اذا عوض بامره لا يرجع عليه ايضا الا اذا قال له عوض عنى على انى ضامن لانه اذا امره بالتعويض
ولم يضمن له فقد امره بما ليس بواجب عليه بل هو متبرع به فلم يوجب ذلك الضمان على الآمر الا بشرط الضمان
وعلى هذا قالوا فيمن قال لغيره اطعم عن كفارة يمينى او اد زكوتى ففعل انه لا يرجع بذلك على الآمر الا ان يقول
على انى ضامن لان امره بما ليس بمضمون عليه بخلاف ما اذا امر غيره بقضاء الدين فقضى انه يرجع على الآمر وان
لم يقل على انى ضامن نصا لان قضاء الدين مضمون على الآمر فاذا امره به فقد ضمن له كذا فى البدايع فلو لم
يضف الموهوب له او الاجنبى العوض اليها بان وهب للواهب شيئا ولم يقل هذا عوض هبتك ونحو ذلك
وكذا اذا لم يعلم الواهب انه عوض هبته فلكل واحد من الواهب والموهوب له ان يرجع فيما وهب لصاحبه لانه
لم يجعل الثانى مقابلا للاول لانعدام ما يدل على المقابلة ~~لصاحبه لانه لم يجعل الثانى مقابلا للاول لانعدام~~
فتكون هبة مبتدأة فيثبت فيها الرجوع فرع اذا وجد الواهب فى العوض عيبا لم يكن له ان يرجع فى شىء من الهبة

كان العيب فاحشا او لم يكن واذا وهب للصبي هبة فعوض الاب او الوصي الواهب من مال الصغير لا يجوز لانه تبرع فاذا ابطل التعويض كان للواهب ان يرجع في هبته وكذا الصغير اذا وهب ماله لرجل فعوضه الموهوب له لا يصح لان عوضه عن هبته باطلة كذا في قاضيخان والحاء الخروج من ملك الموهوب له فانه اذا خرج الموهوب عن ملكه الى غيره باي سبب كان بالبيع او الهبة ونحوهما يمتنع رجوع الواهب فيها لانه حصل بتسليطه ولانه تجدد الملك بتجدد سببه وهو التمليك وتبدل الملك كتبدل العين يمنع الرجوع فرع رجل وهب لرجل هبة فقبضها الموهوب له ووهبها لآخر وسلم ثم رجع الواهب الثاني في هبته بقضاء او رضاء كان للواهب الاول ان يرجع في هبته لان الرجوع في الهبة فسخ عند الكل فاذا عاد الى الواهب الثاني ملكه عاد بما كان متعلقا به رجل وهب لآخر دراهم وسلمها الى الموهوب له ثم ان الواهب استقرضها من الموهوب له فاقرضه جاز ولا يكون للواهب ان يرجع في الهبة ابدا لانها صارت مستهلكة ودينا على الواهب ولو اشترى الواهب الهبة من الموهوب له قالوا لا ينبغي له ان يشتري لان الموهوب يستحي من مماكسته فيصير مشتريا باقل من قيمته الا الوالد اذا وهب لولده شيئا لان شفقته على ولده يمنعه عن الشراء باقل من قيمته كذا في قاضيخان والزاي بالياء الزوجية فكل واحد من الزوجين سواء كان مسلما او كافرا لا يجوز له ان يرجع فيما وهبه لصاحبه لان صلة الزوجية تجري مجرى صلة القرابة الكاملة بدليل انه يتعلق بها التوارث في جميع الاحوال ولا يدخلها حجب الحرمان والقرابة الكاملة مانعة من الرجوع فكذا ما يجري مجراها وقت الهبة فله الرجوع فيما وهب ثم نكح يعني لو وهب رجل لامرأة شيئا ثم نكحها له ان يرجع فيها لعدم العلاقة بينهما حين العقد لا لو وهب ثم ابان يعني لو وهب لامرأته ثم ابانها فليس له ان يرجع فيما وهبها لوجود العلاقة وقت الهبة فرع امرأة وهبت دارها من زوجها وهي ساكنة فيها ومتاعها فيها وزوجها ساكن معها في الدار جازت ويصير الزوج قابضا للدار لان المرأة ومتاعها في يد الزوج فيصلح التسليم رجل وهب لابنه الصغير ارضا فيها زرع للاب او وهب لابنه دارا والاب ساكن فيها لم تجز الهبة وعن ابي حنيفة في المجرد رجل تصدق على ابنه الصغير بدار والاب فيها ساكن وله فيها متاع او فيها قوم يسكنون بغير اجر جازت الصدقة ويصير الاب قابضا لابنه ولو كان فيها ساكن باجر كانت الصدقة باطلة كذا في قاضيخان والقاف القرابة يعني القرابة المحرمية فان صلتها بمعنى العوض فلا رجوع فيما وهب لذي رحم محرم كالآباء والامهات وان علوا والاولاد واولاد الاولاد وان سفلوا واولاد البنين والبنات في ذلك سواء وكذا الاخوة والاخوات والاعمام والعمات وقال الشافعي يرجع الوالد فيما يهب لولده لقوله عليه السلام لا يحل لواهب ان يرجع في هبته الا الوالد فيما يهب لولده وهذا نص في الباب ولنا انه عم قال الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي ما لم يعوض وصلة الرحم المحرم عوض معنى لان التواصل سبب التناصر والتعاون في الدنيا فيكون وسيلة الى استيفاء النفس وسبب الثواب في الدار الآخرة فكان اقوى من العوض المالي وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اتقوا الله وصلوا الارحام فانه اتقى في الدنيا وخير لكم في الآخرة فيدخل تحت النص وروي عن عمر رضه انه قال من وهب هبة لصلة رحم او على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها وهذا نص في الباب والحديث محمول على النهي عن شراء الموهوب لكنه سماه رجوعا مجازا لتصوره بصورة الرجوع كما روي ان عمر رضه تصدق بفرس له على رجل ثم وجده يباع في السوق فاراد ان يشتريه فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال لا تعد في صدقتك يا عمر انما قصد الشراء لا العود فيها ولكنه عود التصور لصورة تمامه

العود

العود وهو نهي ندب لان الموهوب له يستحيي فيسامحه في ثمنه فيصير كالراجع في استيفاء الثمن لما بينهما عادة فلم يكره الشراء وحملناه على هذا توفيقا بين الدليلين صيانة لهما عن التناقض ولو وهب لذي رحم غير محرم كابناء الاعمام والعمات والاخوال والخالات وبناتهم فله ان يرجع لقصور معنى الصلة في هذه القرابة فلا يكون في معنى العوض ولو وهب لمحرم غير ذي رحم سواء كانت محرميته بالسبب كالآباء والامهات والاخوة والاخوات من الرضاع او بالمصاهرة كامهات النساء والربائب وازواج البنين والبنات فله ان يرجع لانعدام معنى الصلة اصلا ولو وهب لعبد هو رحم محرم فاما ان كان المولى والعبد جميعا ذا رحم محرم من الواهب فان كان العبد ذا رحم من الواهب والمولى اجنبيا فله ان يرجع بلا خلاف بين اصحابنا لان حكم العقد للمولى وانما الواقع للعبد صورة العقد بلا حكم وانه لا يفيد معنى الصلة فانعدم معنى العوض اصلا وان كان المولى ذا رحم محرم من الواهب والعبد اجنبيا اختلفوا فيه قال ابو حنيفة يرجع وقالا انه لا يرجع وعلى هذا الاختلاف المكاتب كذا في البدائع والهاء هلاك الموهوب لانه لا سبيل الى الرجوع في الهالك ولا سبيل الى الرجوع في قيمته لانها ليست بموهوبة لانعدام ورود العقد عليها والمراد بهلاك الموهوب تلف عينه او عاقبة منافعه مع بقاء الملكية فلا يرد ان عجز المالك مغن عنه فلو لت بالماء تراب موهوب لم يرجع كما لو وهب سيفا فجعل سكينا او سيفا آخر ولو وهب شاة فذبحها لرجع بلا خلاف ذكره القهستاني نقلا عن المغني والقول فيه اي في هلاكه قول الموهوب له قال قاضيخان ولو ادعى الموهوب له الهلاك كان القول قوله من غير يمين انتهى والقول في الزيادة قول الواهب يعني اذا ادعى الموهوب له ان الموهوب ازداد في يده زيادة متصلة وانكر الواهب عليها فالقول للواهب وقال زفر القول للموهوب له لان الواهب يدعي حق الرجوع والموهوب له ينكره فالقول للمنكر ولنا ان الموهوب له يدعي بطلان حق الرجوع والواهب ينكره فيكون القول له قال قاضيخان رجل وهب لآخر جارية فاراد الواهب ان يرجع فيها فقال الموهوب له وهبتها صغيرة فكبرت وازدادت خيرا وقال الواهب لا بل وهبتها لك كذلك كان القول قول الواهب وكذا في كل زيادة متولدة اما في البناء والخياطة ونحوهما كان القول قول الموهوب له ولو اختلفا فقال الواهب كانت هبة وقال الموهوب له كانت صدقة فلا رجوع لك كان القول قول الواهب انتهى ولو عوض يعني لو وهب شيئا فعوضه الموهوب له فاستحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لانه لم يسلم له ما يقابل نصفه فان كان العوض مستهلكا ضمن قابل العوض بقدر ما وجب الرجوع للموهوب له من العوض ذكره في البدائع وان استحق نصف العوض لا يرجع بشيء من الهبة حتى يرد الواهب ما بقي اي باقي العوض عند علمائنا الثلاث وقال زفر يرجع بنصف العوض ولنا ان الباقي يصلح ان يكون عوضا عن الكل من الابتداء وبالاستحقاق ظهر انه لا عوض الا قدر الباقي فيكون مخيرا لان حقه في الرجوع لم يسقط الا بان يسلم له كل العوض ولم يسلم فان شاء رد ما بقي ورجع في الكل وان شاء امسك ما بقي ولم يرجع بشيء بخلاف ما اذا كان العوض مشروطا في العقد لانها تتم بيعا فيتوزع البدل على المبدل منه فاذا استحق بعضه يرجع بما يقابله من العوض نقل صاحب الدرر عن الاسرار هذا اذا كان الموهوب والعوض شيئا يحتمل القسمة فاستحق بعضه فاما اذا كان مما لا يحتمل القسمة فاستحق بعض احدهما بطل العوض ان كان هو المستحق وكذا تبطل الهبة ان كانت هي المستحقة واذا بطل العوض يرجع في الهبة واذا بطل في الهبة يرجع في العوض لان بالاستحقاق تبين ان الهبة او التعويض وقع في مشاع يحتمل القسمة وذلك باطل

وان استحق الكل رجع بالكل فيهما اى فى صورتى استحقاق كل الموهوب وكل العوض لان الواهب ما اسقط
حقه فى الرجوع الا ليسلم له ولم يسلم والموهوب له انما عوضه ليسقط حق الرجوع فى الهبة الاولى فاذا استحق
الموهوب تبين ان حق الرجوع لم يكن ثابتا فصار كانه صالح عن دين ثم تبين ان لا دين عليه ثم اذا استحق
كل الهبة والعوض مستهلك يضمن كل قيمة العوض كذا ذكر فى الاصل من غير خلاف وهو احدى روايتى بشر المريسى
عن ابى يوسف عن ابى حنيفة وروى بشر ايضا عنهما انه لا يضمن ولو عوض عن نصفها فله ان يرجع فيما لم يعوض
ولا يرجع فيما عوض عنه لان حق الرجوع فى الهبة مما يتجزى الا يرى انه لو رجع فى نصف الهبة ابتداء دون نصفها
جاز فجاز ان يثبت حق الرجوع فى النصف دون النصف بخلاف الطلاق والعفو عن القصاص لان ذلك مما
لا يتجزى فكان اسقاط الحق عن البعض اسقاطا عن الكل كذا فى البدائع ولو خرج نصفها اى نصف الهبة عن ملكه
اى عن ملك الموهوب له فله اى للواهب ان يرجع فيما لم يخرج عن ملكه لبقاء حقه فيه وامكان تجزيه ولا يصح
الرجوع فى الهبة يعنى التسليم قال قاضيخان وللواهب ان يرجع فى هبته قبل ان يقبضها الموهوب له سواء كان
الموهوب له غائبا او حاضرا اذن له فى قبضه ولم يأذن فينفرد الواهب فى الرجوع قبل القبض واما بعد القبض
فلا يرجع الا بقضاء او رضاء وللموهوب له ان يتصرف فى الهبة ما لم يقض القاضى بالرجوع وينقض الهبة وبعد ما قضى
لا يجوز تصرفه انتهى وهذا معنى قوله الا بتراض او حكم قاض لان الرجوع مختلف فيه بين العلماء فلا بد من الاتفاق وولاية
الالزام للقاضى وان يتراضيا فقد ابطل حقه فيجوز فلو اعتق الموهوب له الموهوب بعد الرجوع قبل القضاء والتسليم
بالتراضى نفذ اى عتق الموهوب له لانه لما اشتراه الواهب بدون القضاء والرضاء صار غاصبا والمغصوب
فى يد الغاصب ما لم يضمن ولم يحكم بالضمان لا يخرج عن ملك المغصوب منه فينفذ عتقه ولو منعه اى منع الموهوب
الموهوب عن الواهب بعد ما رجع قبل القضاء او بعده فهلك الموهوب فى يد الموهوب له لا يضمن الموهوب له
لانه امانة فى يده حيث قبضه لا على وجه الضمان فلا يضمن الا اذا طلبه بعد القضاء فمنعه مع القدرة على التسليم
لانه تعدى ذكره فى ايضاح ابن كمال وهو اى الرجوع مع احدهما اى مع التراضى او قضاء القاضى فسخ من الاصل
لا هبة مبتدأة من الموهوب له فلا يشترط فى صحة الرجوع قبضه اى قبض الواهب وصح الرجوع فى المشاع
اعلم انه لا خلاف فى ان الرجوع فى الهبة بقضاء القاضى فسخ واختلف فى الرجوع فيها بالتراضى فمسائل
اصحابنا تدل على انه فسخ كالرجوع بالقضاء فانهم قالوا يصح الرجوع فى المشاع الذى يحتمل القسمة ولو كان
هبة مبتدأة لم يصح مع المشاع وكذا لا يتوقف صحته على القبض ولو كان هبة مبتدأة لتوقف صحته على القبض وكذا
لو وهب انسان شيئا ووهبه الموهوب له لآخر ثم رجع الثانى فى هبته كان للاول ان يرجع ولو كان هبة
مبتدأة لم يكن له حق الرجوع وقال زفر انه هبة مبتدأة لان الموهوب عاد الى الواهب بتراضيهما فاشبه الرد
بالعيب فيعتبر عقدا جديدا فى حق ثالث كالرد بالعيب بعد القبض والدليل على انه هبة مبتدأة ما ذكره محمد
فى كتاب الهبة ان الموهوب له اذا رد الهبة فى مرض موته انها تكون من الثلث وهذا حكم الهبة المبتدأة
ولنا ان الواهب يستوفى حق نفسه واستيفاء الحق لا يتوقف على قضاء القاضى والدليل على انه يستوفى حق
نفسه بالفسخ ان الهبة عقد جائز موجب حق الفسخ فكان الفسخ حقا ثابتا له فلا يتوقف على القضاء بخلاف الرد
بالعيب بعد القبض بغير قضاء انه يعتبر بيعا جديدا فى حق ثالث لانه لا حق للمشترى فى الفسخ وانما حقه
فى صفة السلامة فاذا لم يسلم احيل رضاه فيثبت حق الفسخ ضرورة واما ما ذكره محمد فمن اصحابنا من التزم وقال

هذا دليل

هذا دليل على ان الرجوع بغير قضاء هبة مبتدأة وما ذكرنا من المسائل على انه فسخ فكان فى المسئلة روايتان
ومنهم من قال هذا لا يدل على اختلاف الروايتين لانه انما اعتبر الرد من الواهب لكون المريض متهما فى
الرد فى حق ورثته فكان فسخا فيما بين الواهب والموهوب له هبة مبتدأة فى حق الورثة وهذا ليس بممتنع
ان يكون العقد الواحد له حكمان مختلفان كالاقالة فانها فسخ فى حق العاقدين بيع جديد فى حق ثالث
غيرهما فاذا انفسخ العقد عاد الموهوب الى قديم ملك الواهب ويملكه الواهب وان لم يقبضه لان القبض
انما يعتبر فى انتقال الملك لا فى عود قديم الملك كالفسخ فى باب البيع ولو لم يتراضيا على الرجوع ولا قضى القاضى
به ولكن الموهوب له وهب الموهوب للواهب وقبله الواهب الاول لا يملكه حتى يقبضه فاذا قبضه كان بمنزلة
الرجوع بالتراضى او قضاء القاضى ليس للموهوب له ان يرجع فيه وكذلك الصدقة اما توقف الملك فيه على القبض
فلان الموجود لفظ الهبة لا لفظ الفسخ وملك الواهب لا يزول الا بالقبض بخلاف ما اذا تراضيا على الرجوع
فان الواهب يملكه بدون القبض لان اتفاقهما على الرجوع اتفاق على الفسخ ولا يشترط للفسخ ما يشترط للعقد
كذا فى البدائع فان تلف الموهوب فى يد الموهوب له فاستحق فضمن الموهوب له لا يرجع الموهوب له على
الواهب لانه عقد تبرع وهو لا يقتضى السلامة وهو غير عامل للواهب بخلاف المودع فانه يرجع على المودع بما ضمن لانه
عامل للمودع فى ذلك القبض لحفظها لاجله فان قلت المغرور يوجب الضمان كالبائع اذا غر المشترى وههنا غره بايجاب
الملك له فى المحل واخباره انه ملكه قلنا قدم غير مرة ان سبب الضمان انما هو الغرور فى عقد المعاوضة لا مطلقا
وذكر فى الذخيرة ان الواهب لو ضمن سلامة الموهوب له نصا فان ضمن بعد الاستحقاق رجع على الواهب ذكره
فى العناية والهبة بشرط العوض نحو ان يقول وهبتك هذا العبد على ان تهب لى هذا العبد لا ان يقول بالبائع
ذا اصحابها ... بما انه يكون بيعا ابتداء وانتهاء بالاجماع هبة ابتداء فشرط القبض فى العوضين فلم يثبت الملك لواحد منهما
بدون القبض ومنعها الشيوع بيع انتهاء يعنى اذا تقابضا صح العقد وصار فى حكم البيع فيثبت الشفعة فى
العقار وخيار العيب والشرط وخيار الرؤية فى كل واحد منهما اى من العوضين كما هو حكم البيع وقال زفر والشافعى
هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو تمليك العين بعوض والعبرة للعقود للمعانى ولهذا كان بيع
العبد من نفسه اعتاقا ولنا انه اشتمل على جهتين جهة الهبة لفظا وجهة البيع معنى وامكن الجمع بينهما وكل ما اشتمل
على جهتين وامكن الجمع بينهما وجب اعمالهما لان اعمال الشبهين ولو بوجه اولى من اعمال احدهما اما انه مشتمل
على الجهتين فظاهر واما امكان الجمع فلان الهبة من حكمها تأخير الملك الى القبض وقد يوجد ذلك فى البيع
كما فى البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد يوجد ذلك فى الهبة كما اذا قبض العوض ثم اذا انتفى المنافاة امكن
الجمع لا محالة فعملنا بهما واعتبرنا ابتداءه بلفظها وهو لفظ الهبة وانتهاءه بمعناه وهو معنى البيع وهو تمليك
العين بعوض كالهبة فى المرض فانها تبرع فى الحال صورة ووصية معنى فيعتبر ابتداؤه بلفظه حتى يبطل بعدم
القبض ولا يتم بالشيوع فيما يحتمل القسمة وانتهاءه بمعناه حتى يكون من الثلث بعد الدين وهذا لان الالفاظ
قوالب المعانى فلا يجوز الغاء اللفظ وان وجب اعتبار المعنى الا اذا لم يمكن الجمع بينهما كما اذا باع المولى عبده من
نفسه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح ان يكون مالكا لنفسه كذا فى العناية ثم فى الهبة بشرط العوض
ان استحق ما فى يد احدهما يرجع على صاحبه بما فى يده ان كان قائما وبقيمته ان كان هالكا والصدقة بشرط
العوض بمنزلة الهبة بشرط العوض كذا فى قاضيخان رجل له على آخر دين فبلغه ان الغريم قد مات فقال جعلته
ار

وفى الموهوب له ... رجل ثوبا فلم يسلم اليه ثم
رخصه منه فاستهلكه ضمن الواهب
قيمة الثوب للموهوب له لانه الرجوع
الهبة لا يكون الا بقضاء او رضاء
وذكر فى المنتقى عن محمد رجل وهب لرجل عبدا
وسلمه الى الموهوب له ثم رجع فيها بغير
قضاء ولا رضاء واعتقها الموهوب
عتقه قال وليس له ان يرجع فيها الا
بقضاء او رضاء ولو تصدق على
رجل بشئ ثم استقال فى المتصدق
عليه فاقاله لم يجز حتى يقبضه لانها هبة
مستقبلة وكذا اذا وهب لذى رحم
محرم وكل شئ لا يفسخه القاضى اذا
رفع اليه لو اختصما اليه كان الرجوع
فيه بمنزلة الهبة المستقبلة وكل شئ
يفسخه القاضى اذا اختصما اليه فاقاله
الموهوب له فهلك بيده فى مال الواهب
وان لم يقبضه ولو اشترى عبدا او
قبضه ثم وهبه لانسان وسلمه ثم
رجع فى الهبة بغير قضاء ثم وجد به
عيبا كان له ان يرده على بائعه جعل
الرجوع ههنا بغير قضاء بمنزلة الرجوع بقضاء
القاضى كذا فى قاضيخان صح

في حمل او قال وهبته له ثم ظهر انه حق ليس له ان يأخذ منه لانه وهبه مطلقا غير مقيد بشرط كذا في استحسان التاتارخانية

فصل لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق ذكرها في فصل على حدة ومن وهب امة الا حملها او وهب حيوانا واستثنى ما في بطنه او على ان يدبرها اي الامة او يعتقها او يستولدها صحت الهبة في الولد والام جميعا وبطل الاستثناء والشرط فالكل للموهوب له وجملة الكلام في العقود التي فيها استثناء الحمل انها ثلاثة اقسام القسم الاول ما يجوز فيه اصل العقد ويبطل الاستثناء كالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وقد مر ان هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة فيصح العقد ويبطل الشرط فيدخل الام والولد جميعا في العقد لان الشرط الفاسد وهو الاستثناء اذا لم يصح التحق بالعدم فصار كانه لم يستثن وتحقيقه ان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا والعقد لا يرد على الاوصاف حتى لو وهب الحمل لآخر لم تصح فكذا اذا استثنى على ما مر في البيوع فاذا لم يكن الاستثناء عاملا انقلب شرطا فاسدا لان اسم الجارية يتناول الحمل تبعا لكونه جزءا منها فلما استثنى الحمل كان الاستثناء مخالفا لمقتضى العقد وهو معنى الشرط الفاسد والهبة مما لا يبطل بالشروط الفاسدة والقسم الثاني ما يبطلان فيه جميعا كالبيع والاجارة والرهن والكتابة وقد عرفت ان استثناء الحمل شرط فاسد وهذه العقود تبطل بالشروط الفاسدة والقسم الثالث الوصية فلو اوصى لامة لآخر واستثنى حملها تصح الوصية والاستثناء جميعا لان ما في البطن في حكم الوصية كشيء على حدة حتى يجوز افراده بالوصية فيجوز استثناؤه منها وسنذكره في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى وكذا لو وهب دارا على ان يرد الموهوب له عليها اي على الواهب بعضها او يعوضه شيئا منها اي من الدار لان هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فتكون فاسدة والهبة لا تبطل بها ثم انه لا فرق بين ان يكون الشيء الذي شرط رده او كونه عوضا قدرا معلوما او مجهولا لان كلا منهما يخالف مقتضى العقد ولو دبر الحمل ثم وهبها اي الامة فالهبة باطلة بخلاف ما لو اعتقه اي الحمل ثم وهبها اي الامة وتفصيلها في البدائع حيث قال مشايخنا في المسئلة روايتان وجه رواية عدم الجواز ان الموهوب كان مشغولا بما ليس بموهوب فاشبه هبة دار فيها متاع الواهب ووجه رواية الجواز وهي رواية الكرخي ان جزء الجنين بجعله مستثنى من العقد لكون حكم العقد لم يثبت فيه مع ما وقع تناوله اياه ظاهرا وهذا معنى الاستثناء ولو استثناه لفظا جازت الهبة في الام فكذا اذا كان مستثنى معنى ومنهم من قال في المسئلة رواية واحدة وفرق بين التدبير والاعتاق ووجه الفرق ان المدبر مال المولى فاذا وهب الام فقد وهب ما هو مشغول بمال الواهب فلم يجز كهبة دار فيها متاع الواهب واما الحر فليس بمال فصار كما لو وهب دارا فيها حر جالس وذا لا يمنع جواز الهبة كذا هذا انتهى قال قاضيخان والصحيح هو الفرق بين الاعتاق والتدبير ثم ذكر وجهه كما نقلنا عن البدائع ومن قال لمديونه اذا جاء غد فالدين لك او فانت بريء منه او ان اديت الي نصفه فالباقي لك او فانت بريء منه فهو باطل لان الابراء تمليك من وجه لارتداده بالرد اسقاط من وجه لانه لا يتوقف على القبول وهبة الدين ممن عليه ابراء لانه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول فكان تمليكا من وجه اسقاطا من وجه والتعليق بالشرط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها الى ما فيه تمليك والعمرى جائزة للمعمر حال حيوته ولورثته بعده وهي اي العمرى شرعا ان يجعل داره له اي للمعمر مدة عمره فاذا مات المعمر ردت اليه فلو قال اعمرتك هذه الدار او جعلت هذه الدار لك عمري او قال جعلتها لك عمري او حياتك فاذا مت انت فهو رد علي او قال

جعلتها

جعلتها لك عمري او حياتي فاذا مت فهو رد على ورثتي فهذا كله هبة وهي للمعمر له في حيوته ولورثته بعد وفاته والتوقيت باطل لقوله عليه السلام امسكوا عليكم اموالكم لا تعمروها فان من اعمر شيئا فانه لمن اعمره والرقبى باطلة فان قبضها كانت عارية في يده فله ان يأخذها متى شاء عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف تصح كالعمرى وهي اي الرقبى ان يقول ان مت قبلك فهي لك وان مت قبلي رجعت الي او قال ارقبتك هذه الدار او صرح فقال هذه الدار لك رقبى فقال ابو يوسف هذا هبة وقوله رقبى باطل لما روي عنه عليه السلام انه اجاز العمرى والرقبى ولهما ما روى الشعبي عن شريح ان رسول الله عليه السلام اجاز العمرى وابطل الرقبى ومثلهما لا يكذب ولا حجة له في الحديث لان الرقبى يحتمل ان يكون من المراقبة وهي الانتظار ويحتمل ان يكون من الارقاب وهو الرقبة فان اريد بها الاول كان حجة له وان اريد بها الثاني لا يكون حجة له لان ذلك جائز فلا يكون حجة له مع الاحتمال او نحمله على الثاني توفيقا بين الحديثين صيانة لكلام من يستحيل عليه التناقض وبهذا يتبين ان لا خلاف بينهم في الحقيقة ثم ان كان الرقبى والارقاب مستعملا في هبة الرقبة ينبغي ان ينوي فان نوى به هبة الرقبة يجوز بلا خلاف وان عنى به مراقبة الموت لا يجوز بلا خلاف كذا في البدائع والصدقة كالهبة لا تصح بدون القبض لانها تبرع كالهبة ولا في مشاع يقسم عندنا خلافا للشافعي فعنده لا في المشاع لا يمنع حكم التصرف وهو الملك ولا شرطه وهو القبض فلا يمنع جوازه كالمفرز ولنا ان القبض شرط جواز الصدقة ومعنى القبض لا يتحقق في الشائع ولان التصدق تبرع كالهبة وتصحيحه في المشاع يصير عقد ضمان وقبض الصدقة غير مضمون كالهبة ولا رجوع فيها اي في الصدقة لان المقصود منها الثواب وقد حصل بعد القبض ولو للوصل اي لو كانت الصدقة لغني استحسانا وفي القياس له الرجوع لان الغرض فيه هو العوض ووجه الاستحسان ان التصدق على الغني قد يطلب منه الثواب بان يعينه على النفقة لكثرة عياله ولا رجوع في الهبة للفقير لان المقصود هو الثواب وقد حصل وذهب بعض اصحابنا الى ان الهبة والصدقة على الغني سواء في جواز الرجوع لانه انما يقصد بها العوض دون الثواب كما انهما في حق الفقير سواء في عدم الرجوع لانه يقصد بهما الثواب لكنا نقول في ذكره لفظ الصدقة ما يدل على انه لم يقصد العوض ومراعاة لفظه اولى من مراعاة حال التملك ثم التصدق على الغني يكون قربة يستحق به الثواب بان يكون غنيا يملك النصاب وله عيال كثير يتصدقون على مثل هذا لنيل الثواب كذا في الكفاية وهكذا نقله الخبازي عن المبسوط ولو قال جميع مالي او ما املكه لفلان فهو يقع هبة فلا يجوز بدون القبض ويجري عليه باقي احكام الهبة وذلك لان مملوكه انما يكون ملكا لغيره بالتمليك فان قال جميع ما ينسب الي او يعرف بي فاقرار لانه لم يصرح بملك نفسه لان ما يعرف به او ينسب اليه قد يكون لغيره وانما المفهوم منه ان ذلك ملك لفلان فيكون اقرارا فروع رجل محتاج اراد ان يتصدق بالدراهم التي معه على الفقراء قالوا ان كان لو تصدق على الفقراء يصبر على الشدة فالصدقة افضل لانه نزلت فيه الآية وهو قوله تعالى ويؤثرون على انفسهم ولو كان بهم خصاصة وان كان لا يصبر على الشدة فالانفاق على نفسه افضل لما روي ان رجلا جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال عندي دينار يا رسول الله فماذا اصنع به فقال عليه السلام انفق على نفسك فقال الرجل عندي آخر فقال عليه السلام انفق على عيالك فقال عندي آخر فقال عليه السلام تصدق به وسئل ابن المبارك عن الذين يسئلون الناس الحافا ويأكلون اسرافا قال ما لم يظهر ان ما يتصدق عليه ينفقها في المعصية او هو غني لا بأس بالتصدق عليه وهو مأجور

فى نيته انه يبدد غلته وروى ان رسول الله عليه السلام سئل قد كثر السؤال فلمن يعطى قال على من رق قلبك عليه اذا فعل الصغير شيئا من الحسنات لمن يكون ثواب ذلك اختلفوا فيه قال ابو بكر الاسكاف حسناته تكون له دون ابويه لقوله تعالى وان ليس للانسان الا ما سعى وانما يكون لوالديه من ذلك اجر التعليم والارشاد اذا فعل ذلك وقال بعضهم حسناته تكون لابويه لما روى عن انس بن مالك انه قال من جملة ما ينتفع به المرء بعد موته ان يترك ولدا علمه القرآن والعلم فيكون لوالده اجر ذلك من غير ان ينقص عن اجر الولد شئ كذا فى قاضى خان وذكر فى التجريد رجل وهب لعبد محجور عليه فالقبول والقبض الى العبد دون المولى وفى الفتاوى رجل وهب للصغير شيئا من المأكول يباح للوالدين ان يأكلا منه كذا روى عن محمد كذا فى الظهيرية وذكر فى الملتقط اذا اهدى للصبى شئ وعلم انه له فليس للوالدين الاكل منه بغير حاجة هكذا نقله ابن نجيم فى احكام الصبيان من الاشباه

كتاب الاجارة

لما فرغ من بيان احكام تمليك الاعيان بغير عوض وهو الهبة شرع فى تمليك المنافع بعوض وهو الاجارة لان الاعيان متقدمة على المنافع ومن محاسنها دفع الحاجة بقليل من البدل فان كل احد لا يقدر على دار يسكنها وحمام يغتسل فيها وابل يحمل اثقاله الى بلد لم يكن يبلغه الا بشق الانفس وسببها ما مر غير مرة من تعلق البقاء المقدر بتعاطيها واما شرطها فى الصحة فمعلومية البدلين وركنها الايجاب والقبول بلفظين ماضيين من الالفاظ الموضوعة لعقد الاجارة قال فى البدايع وذلك كلفظ الاجارة والاستيجار والاكراء والاكتراء والكلام فى صيغة الايجاب والقبول وصفتهما فى الاجارة كالكلام فى البيع انتهى وفى الكبرى قال فخر الدين المعروف بقاضى خان والفتوى على ان الاجارة لا تنعقد بلفظ البيع والشراء كذا فى التاتارخانية ثم للاجارة شرائط كثيرة بعضها شرائط الصحة والنفاذ وبعضها شرائط الركن وبعضها شرائط الانعقاد وبعضها شرائط اللزوم والكل مذكور مستوفى فى المطولات قال فى البدايع منها ان يكون العاقد عاقلا حتى لا تنعقد الاجارة من المجنون والصبى الذى لا يعقل كما لا ينعقد البيع بهما واما البلوغ فليس من شرائط الانعقاد ولا من شرائط النفاذ عندنا حتى ان الصبى العاقل لو آجر ماله او نفسه فان كان مأذونا ينفذ وان كان محجورا يقف على اجازة الولى عندنا خلافا للشافعى ولو آجر الصبى المحجور نفسه وعمل وسلم من العمل يستحق الاجر ويكون الاجر له وكذا حرية العاقد ليست بشرط عندنا فينفذ عقد المملوك ان كان مأذونا ويقف على اجازة مولاه ان كان محجورا وعند الشافعى لا يقف بل يبطل فاذا سلم من العمل فى اجارة نفسه واجارة مال المولى وجب الاجر المسمى ويكون للمولى ولو هلك الصبى او العبد فى يد المستأجر فى المدة ضمن لانه صار غاصبا من حيث استعملهما من غير اذن الولى والمولى ولا يجب الاجر لان الاجر مع الضمان لا يجتمعان واما كون العاقد طائعا عامدا فليس بشرط للانعقاد والنفاذ عندنا لكنه من شرط الصحة واسلامه ليس بشرط اصلا فيجوز الاجارة والاستيجار من المسلم والذمى والحربى المستأمن ومنها قيام المعقود عليه وعلى هذا يخرج اذا آجر الفضولى فاجاز المالك العقد انه لو اجاز قبل استيفاء المنفعة جاز لان المعقود عليه ما فات وكانت الاجرة للمالك وان اجاز بعد استيفاء المنفعة لم تجز اجازته وكانت الاجرة للعاقد لان المنافع المعقود عليها قد انعدمت ومنها ان يكون المعقود عليه وهو المنفعة معلوما علما يمنع من المنازعة ومنها بيان المدة ومنها ان يكون مقدور الاستيفاء حقيقة وشرعا فلا يجوز اجارة الآبق ولا المشاع من غير الشريك ومنها ان يكون العمل المستأجر له مقدور الاستيفاء من العامل بنفسه ولا يحتاج فيه الى غيره ومباحا فى نفسه وعلى هذا يخرج الاستيجار على المعاصى انه لا يصح لانه استيجار على منفعة غير مقدورة الاستيفاء شرعا كاستيجار الانسان للعب

واللهو

واللهو كاستيجار المغنية والنائحة للغناء والنوح ومنها ان لا يكون العمل المستأجر له فرضا ولا واجبا على الاجير قبل الاجارة والا لم تصح الاجارة لان من اتى بعمل مستحق عليه لا يستحق الاجرة كمن قضى دينا عليه ولهذا قلنا ان الثواب على العبادات والقرب والافضال من الله تعالى غير مستحق عليه لان وجوبها على العبد لحق العبودية لمولاه لان خدمة المولى على العبد مستحق ولحق الشكر للنعم السابقة لان شكر النعمة واجب عقلا وشرعا ومن قضى حقا مستحقا عليه لغيره لا يستحق قبله الاجر كمن قضى دينا عليه فى الشاهد ومنها ان يكون المنفعة مقصودة يعتاد استيفاؤها بعقد الاجارة ويجرى بها التعامل بين الناس لانه شرع بخلاف القياس لحاجة الناس ولا حاجة فيما لا تعامل فيه للناس فلا يجوز استيجار الاشجار لتجفيف الثياب عليها والاستظلال بها لان هذه منفعة غير مقصودة من الشجر ولو اشترى ثمر شجرة ثم استأجر الشجرة لتبقية ذلك فيه لم يجز لانه لا يقصد من الشجر هذا النوع من المنفعة وهى تبقية الثمر عليها فلم تكن منفعة مقصودة عادة وكذا لو اشترى الارض التى فيها ذلك الشجر لان الشجر يصير مستأجرا باستيجار الارض ولا يجوز استيجار الشجر ومنها ان يكون محل المعقود عليه مقبوض الموجر اذا كان منقولا فان لم يكن فى قبضه فلا تصح اجارته لنهيه عليه السلام عن بيع ما لم يقبض والاجارة نوع بيع فتدخل تحت النهى ومنها ان لا يكون الاجرة منفعة هى من جنس المعقود عليه ومنها ان يكون العقد خاليا عما لا يقتضيه ولا يلائمه ومنها ان لا يكون بالمستأجر عيب فى وقت العقد او وقت القبض يخل الانتفاع به حتى قالوا فى العبد المستأجر للخدمة اذا ظهر انه سارق له ان يفسخ الاجارة لانتفاء شرط اللزوم ومنها ان يكون المستأجر مرئى المستأجر حتى لو استأجر دارا ولم يرها ثم رآها فلم يرض بها له ان يردها لان الاجارة بيع المنفعة فيثبت فيها خيار الرؤية الكل من البدايع وسيأتى احكامها ودليل شرعيتها انتهى فى اللغة اسم للاجرة كالجعالة يقال آجرت دارى ومملوكى غير ممدود وآجرت ممدودا والاول اكثر ذكره الواحدى كذا فى ايضاح ابن كمال وقال فى البدايع معنى الاجارة لغة بيع المنفعة ولهذا سماها اهل المدينة بيعا وارادوا به بيع المنفعة ولهذا سمى البدل فى هذا العقد اجرة وسمى الله تعالى بدل الرضاع اجرا بقوله فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن وسمى المهر فى باب النكاح اجرا بقوله تعالى فانكحوهن باذن اهلهن وآتوهن اجورهن اى مهورهن لان المهر بدل منفعة البضع انتهى وفى الشرع بيع منفعة يعنى تمليكها سميت بيعها لوجود معنى البيع وهو بدل الاعواض فى مقابلة المنفعة معلومة بعوض معلوم يعنى قدرا او وصفا فى غير العروض لقوله عليه السلام من استأجر اجيرا فليعلمه اجره فانه كما يدل بعبارته على كون معلومية الاجرة شرطا يدل بدلالته على اشتراط معلومية المنافع لان المعقود عليه فى الاجارة هو المنافع وهو الاصل والمعقود به وهو الاجرة كالتبع كالثمن فى البيع فاذا كان معلومية التبع شرطا كان معلومية الاصل اولى بذلك ولان الجهالة تفضى الى النزاع كما فى البيع كذا فى العناية قال فى الاختيار ولا تنعقد بلفظ البيع لانه وضعت لتمليك الاعيان والاجارة تمليك منافع معدومة ويبدأ بتسليم المعقود عليه ليتمكن من الانتفاع لان عين المنفعة لا يمكن تسليمها فاقمنا التمكن من الانتفاع مقامه ثم الاجارة على خلاف القياس لان المنافع معدومة وبيع المعدوم لا يجوز لكنا جوزناها على خلافه بالاثر لحاجة الناس فكان استحسانا بالاثر قال عليه السلام اعطوا الاجير حقه قبل ان يجف عرقه فان الامر باعطاء الاجر دليل على صحة العقد وفيما رويناه زيادة بيان ان معلومية الاجر شرط جوازها ومنع شمس الائمة السرخسى ذلك وقال انما يشترط الملك والوجود للقدرة على التسليم وهذا لا يتحقق فى المنافع لانها عرض لا يبقى زمانين فلا معنى للاشتراط قلنا اقيمت العين المنتفع بها فى حق اضافة العقد اليها ليترتب القبول على الايجاب

كقيام الذمة التي هي محل المسلم فيه مقام المعقود عليه في حق جواز السلم كذا في الاختيار وقال الشافعي يجعل المنافع
المعدومة موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد كذا في الكافي قال في البدائع القياس هو ما قاله ابو بكر الاصم وقد اجمعت
الامة على جواز الاجارة قبل وجود الاصم فلا يعبأ بخلافه دين اي مثلي كالمكيل والموزون والعددي المتقارب
او عين اي قيمي كالثياب والدواب وغيرهما فرع قال في المحيط اما اذا كانت الاجرة عروضا او ثيابا يشترط
فيه جميع شرائط السلم وفي هذا كله اذا كانت الاجرة عينا فاعلامه بالاشارة وفي المضمرات اذا كانت الاجرة
من العبيد والجواري وسائر الحيوانات فلا بد ان يكون معينا مشارا اليه واذا كانت الاجرة منفعة ان كانت من جنس
المعقود عليه لا يجوز عندنا خلافا للشافعي وان كانت من خلاف جنس المعقود عليه جاز بلا خلاف بيان الاول
اذا استأجر سكنى دار بسكنى دار اخرى وبيان الثاني اذا استأجر سكنى دار بركوب دابة كذا في التاتارخانية
وما صلح ثمنا في البيع كالنقود والمكيل والموزون والمزروع والعددي المتقارب صلح اجرة لانها ثمن المنفعة فتعتبر
بثمن المبيع والاحسن ما في المحيط البرهاني حيث قال الاصل فيه ان ما يصلح ان يكون ثمنا في البياعات يصلح ان يكون
اجرة في الاجارات وما لا يصلح ان يكون ثمنا في البياعات لا يصلح اجرة في الاجارات الا المنفعة فانها تصلح ان يكون
اجرة اذا اختلف الجنس ولا تصلح ثمنا انتهى وانما لم تصلح ان تكون ثمنا في البيع لان الثمن يملك بنفس العقد
والمنفعة معدومة لا يمكن تمليكها بنفس العقد ذكره في الاختيار ولفساد الاجارة بالشروط الفاسدة كما مر
في اواخر البيوع وسيأتي ويثبت فيها اي في الاجارة خيار الشرط وفي احد قولي الشافعي لا يجوز وفي السغناقي
صورته رجل تكارى دارا سنة على انه فيها بالخيار ثلاثة ايام فهو جائز عندنا ثم ان كان ابتداء المدة من وقت
العقد فالمنفعة لا تدخل في ضمان المستأجر بالاستيفاء وما تلف قبل ذلك يتلف لا في ضمانه فلا يمنعه من الفسخ
وان اشتغل بالاستيفاء سقط خياره عندنا وفي العناية وان كان الخيار لرب الدار فسكن فيه فلا اجر ويضمن
ما انهدم بسكناه والرؤية وفي الذخيرة رجل استأجر كرما لم يره وقد كان باع صاحب الكرم قبل الاجارة حتى صحت
الاجارة كان للمستأجر خيار الرؤية في الكرم ولو تصرف في الكرم تصرف الملاك يبطل خيار الرؤية كما في البيع ولو
اكل الثمار من الكرم فقد قيل لا يبطل خيار الرؤية ولو قيل يبطل فله وجه ايضا والعيب كما في البيع الا ان في الاجارة ينفرد
المستأجر بالرد قبل القبض وبعد القبض يحتاج الى القضاء او الرضا وفي الخلاصة خيار العيب في الاجارة يفارق
البيع في انه ينفرد بالرد بالعيب قبل القبض وبعده لا وفي الاجارة ينفرد المستأجر قبل القبض وبعده الكل من
التاتارخانية وتقال وتفسخ كما في البيع والمنفعة تعرف تارة ببيان المدة كالسكنى والزراعة اي كاستيجار
الدار للسكنى والارض للزراعة فيهما فتصح مدة معلومة لان المدة اذا كانت معلومة كان مقدار المنفعة فيها
معلوما فتصح اذا كانت غير متفاوتة بان سمى في استيجار الارض مثلا ما يزرع فيها فان ما يزرع فيها متفاوت
فاذا لم يعين افضى الى النزاع المفسد للعقد اي مدة كانت اذ لا فرق بين طويل المدة وقصيرها عندنا اذا كانت
بحيث يعيش اليها العاقدان لان الحاجة التي جوزت الاجارة لها قد تمس الى ذلك كالاجل في البيع واما
اذا كانت بحيث لا يعيش اليها احد العاقدين فمنعه بعضهم لان الظاهر في ذلك عدم البقاء الى تلك المدة
والظاهر مثل المتيقن في حق الاحكام فصارت الاجارة مؤبدة معنى والتأبيد يبطلها وجوزه آخرون منهم
الخصاف لان العبرة في هذا الباب بصيغة كلام العاقدين وانه يقتضي التوقيت ولا معتبر بموت العاقد
او احدهما قبل انتهاء المدة لانه قد يتحقق في مدة يعيش اليها الانسان غالبا ولم يعتبر كما اذا تزوج امرأة

الى مائة

مائة سنة فانه متعة ولم يجعل بمنزلة التأبيد ليصح النكاح وان كان لا يعيش الى هذه المدة غالبا وجعل
ذلك نكاحا موقتا باعتبار الصيغة كذا في العناية وانما قال اي مدة كانت احترازا عن مذهب الشافعي
حيث لم يجز الاجارة اكثر من سنة واحدة في احد اقاويله وفي اكثر من سنة له قولان وفي العتابي لو استأجر
دارا الى الابد او الى مدة لا يعيش الى تلك المدة غالبا لا يجوز كذا في التاتارخانية وفي الوقف يتبع شرط الواقف
لما عرفت ان شرط الواقف كنص الشارع فان كانت مصلحة الوقف تقتضي ذلك يرفع الامر الى الحاكم حتى
يحكم بجوازها فان لم يشترط الواقف مدة فالفتوى على ان لا يزاد في الاراضي على ثلاث سنين قال في الهداية هو
المختار كيلا يدعي المستأجر ملكها يعني ان الارض ان كانت مما يزرع في كل سنة لا يؤاجرها اكثر من سنة وان كانت
مما يزرع في كل سنتين او في كل ثلاث سنين مرة كان له ان يؤجرها كل مدة يتمكن فيها المستأجر من الزراعة
ويفتى في غيرها اي في غير الاراضي كالدار ان لا يزاد على سنة لان المدة اذا طالت يؤدي الى ابطال الوقف فان
من راه يتصرف فيه تصرف الملاك على طول الزمان يزعمه مالكا كذا في وقف الدرر وتارة اخرى تعلم بذكر العمل كصبغ
الثوب الصبغ بالفتح التلوين وبالكسر ما يصبغ به يعني تعلم المنفعة بنفس عقد الاجارة كما اذا استأجر رجلا على صبغ
ثوبه وبين الثوب ولون الصبغ وقدره وخياطته كما اذا استأجر خياطا على خياطة ثوبه وبين الثوب وجنس
الخياطة وحمل قدر معلوم على دابة مسافة معلومة يعني اذا استأجر دابة للحمل وبين جنس المحمول وقدره والمقدار
وتارة اخرى تعلم بالاشارة والتعيين كنقل هذا الطعام مثلا الى موضع كذا لانه اذا عرف ما ينقل مع موضع ينتهي
اليه صار معلوما والاجرة لا تستحق بالعقد نفسه قال محمد في الجامع الصغير يجب ان يعلم ان الاجرة لا تملك بنفس
العقد وما لا يملك لا يجب ايفاؤه فلا يجب اداؤها الا بعد استيفاء المنفعة اذا لم يشترط التعجيل في الاجرة سواء كانت
الاجرة عينا او دينا وذكر في الاجارات ان الاجرة ان كانت عينا لا تملك بنفس العقد وان كانت دينا تملك
بنفس العقد ويكون بمنزلة الدين الموجل وعامة المشايخ على ان الصحيح ما ذكر في الجامع بل تستحق بالتعجيل
او بشرطه لان المستأجر رضي باسقاط حقه في التأجيل بذلك او باستيفاء المعقود عليه في شرح الطحاوي
الاجرة لا تخلو ان تكون معجلة او موجلة او منجمة او مسكوتا عنها فان كانت معجلة فانه يملكها وله ان يطالبه بها واما
اذا كانت موجلة فليس له ان يطالبه بها ما لم يمض الاجل وان كانت منجمة فانه يطالبه عند كل نجم والنجم وهو ان
يشترط في كل نجم كذا وكذا فاذا مضى نجم يجب عليه الاجرة التي شرط وان كان مسكوتا عنها فان ابا حنيفة كان يقول
اولا لا يطالبه بالاجرة ما لم يستوف المنفعة كلها ثم رجع وقال يطالبه عند ما مضى كل يوم وهو قول ابي يوسف ومحمد
والمواجر اذا قبض الاجرة كلها ثم انتقضت ما بقي من الاجارة كان له حساب ما استوفى من المنفعة والباقية ترد
على المستأجر كذا في التاتارخانية او التمكن منه يعني اذا سلم العين المستأجرة فعليه الاجرة وان لم ينتفع بها
لان تسليم المنفعة غير ممكن فاقيم تسليم العين مقامها اذ التمكن من الانتفاع ثبت بها معنى قوله فتجب الاجرة لو قبض
المستأجر ولو بالتخلية واخذ المفتاح ولم يسكنها حتى مضت المدة فانه اذا سلم العين فارغة عن متاعه ولم يكن
هناك مانع منه فقد حصل التمكن وترك الاستيفاء بعد ذلك تعطيل من جهته وتقصير منه فلا يمنع وجوب الاجر قال في
المحيط وكما يجب الاجر باستيفاء المنافع يجب بالتمكن من استيفاء المنافع اذا كانت الاجارة صحيحة حتى ان من
استأجر دارا او حانوتا بمدة معلومة ولم يسكن فيها في تلك المدة مع تمكنه من ذلك يجب له الاجر ولو لم يتمكن من
السكنى بان منعه المالك او اجنبي لا يجب الاجر ويشترط التمكن من الاستيفاء في المكان الذي اضيف اليه العقد
وفي المدة الذي ورد عليها في المكان الذي

اضيف اليه العقد او تمكن من الاستيفاء فی المكان الذی اضيف اليه العقد خارج المدة لا يجب الاجر حتی ان من استاجر
دابة يوما لاجل الركوب فحبسها المستاجر فی منزله ولم يركبها حتی مضی اليوم فان استاجرها للركوب فی المصر يجب عليه
الاجر لتمكنه من الاستيفاء فی المكان الذی اضيف اليه العقد وان استاجرها للركوب خارج المصر الی مكان معلوم
لا يجب الاجر اذا حبسها فی المصر لعدم تمكنه من استيفاء المنافع فی المكان الذی اضيف اليه العقد خارج المصر ولا يتحقق
التمكن خارج المصر من الركوب والدابة فی بيته فان ذهبت الدابة الی ذلك المكان فی اليوم ولم يركب يجب الاجر
لتمكنه من الاستيفاء الذی اضيف اليه العقد فی المدة وان ذهب الی ذلك المكان خارج المصر بعد مضی اليوم
بالدابة ولم يركب لا يجب الاجر وان تمكن من الاستيفاء فی المكان الذی اضيف اليه العقد كذا فی التاتارخانية
ولو سلمها فارغة فيها فی مكانه لكن بها عرج فاحش يمنع الركوب او سلمها فارغة فيها فی مكانه صحيحة لا عذر فيها
لكن منعه السلطان او غصب غاصب او لم يكن شیء من ذلك اصلا لكن الاجارة كانت فاسدة فالاجر فی جميع
ذلك ليس بواجب ما لم يستوف المنفعة لان التقصير حينئذ لم يكن من جهته بل لفوات التمكن من الانتفاع كذا فی
العناية وتسقط الاجرة بالغصب بقدر فوت التمكن من استيفاء المنافع ان كلا فكل وان بعضا فبعض
لانها تنعقد شيئا فشيئا والحاصل انه ان عرض فی بعض المدة او المسافة ما يمنع الانتفاع سقط الاجر بقدر ذلك
وذلك بان يغصب غاصب او يحدث فيه مرض او اباق او يعرض للارض او ينقطع عنها الشرب وان اختلفا
بعد انقضاء المدة فی تسليم ما استاجره فيها فالقول للمستاجر مع يمينه وفی التجريد والبينة بينة الموجر ولو اتفقا
انه سلم فی اول المدة او المسافة واختلفا فی حدوث العارض فقال المستاجر عرض لی ما منعنی عن الانتفاع
من مرض وغصب او اباق وجحد الموجر ذلك فان كان ذلك العارض قائما عند الخصومة فالقول للمستاجر مع يمينه
وان لم يكن قائما فالقول للموجر مع يمينه علی علمه وفی التجريد والبينة بينة المستاجر ولو اتفقا ان المنع قد عرض
واختلفا فی مدة بقاء المنع فالقول للمستاجر كذا فی التاتارخانية ولرب الدار والارض طلب الاجر لكل يوم
قدمر ان وقت استحقاق الاجر اذا كان مبينا بالعقد فللموجر ان يطالبه بما اتفقا عليه شهرا او اقل او اكثر لانه
بمنزلة التاجيل واما اذا كان مسكوتا عنه فقد كان ابو حنيفة يقول ولا يجب الاجر الا بعد انقضاء المدة وانتهاء
السفر وهو قول زفر ثم رجع فقال للموجر ان يطالبه باجرة كل يوم للدار والارض ولرب الدابة ان يطالبه
بها لكل مرحلة وذلك لان القياس يقتضی استحقاق الاجر ساعة فساعة تحقيقا للمساواة بين البدلين
الا ان ذلك يفضی الی ان لا يتفرغ لغيرها فيتضرر به بل المطالبة حينئذ يفضی الی عدمها فان المستاجر لم يتمكن
من الانتفاع بها من جهة الموجر فيمتنع الانتفاع من جهته فيمتنع المطالبة وما افضی وجوده الی عدمه فهو
منتف فقدرنا بما ذكرنا تيسيرا او دفعا للحرج استحسانا وللقصار والخياط والصباغ وغيرها من الحرف
بعد الفراغ من عمله لان العمل فی البعض غير منتفع به فلا يستوجب الاجر فعلی هذا لو كان ثوبين ففرغ عن
احدهما جاز ان يطلب اجرته لانه منتفع به وان للوصل عمل فی بيت المستاجر انما قال هذا لانه اذا عمل فی بيت
المستاجر فسرق الثوب بعدما خاط بعضه فله الاجر بقدر ما خاط فكان هذا مظنة ان يتوهم ان الاجرة
تجب بقدر العمل اذا كان فی بيت المستاجر مطلقا فدفعه بما ذكر ووجه الفرق انه بالسرقة انتهی عمله علی البعض
وهو بالنسبة الی الكل فيجب اجر ما عمل بخلاف ما اذا لم ينته العمل علی البعض فانه لا يمكن ان يطلب الاجرة
بكل عمل قليل ولا التقدير للابعاض فيتوقف الطلب علی كل العمل كذا فی ايضاح ابن كمال وللخباز بعد اخراج

الخبز

الخبز من التنور لانه تم العمل حينئذ وكذا الاجر لانه لا ينتفع به قبل ذلك فان احترق الخبز كله او بعضه بحيث لا
ينتفع به آدمی قبل الاخراج من التنور او سقط من يده قبل ذلك سقط الاجر لهلاكه قبل التسليم هو ذكر فی غاية
البيان اذا احترق قبل الاخراج فعليه الضمان فی قول اصحابنا جميعا قال فی شرح الطحاوی وقال ابو حنيفة فی هذا
هو ضامن لانه مما جنته يدا بتقصيره فی القلع من التنور كذا فی ايضاح ابن كمال وان احترق بعده ای بعد
الاخراج فلا يسقط الاجر ان خبز فی بيت المستاجر لانه سلم حيث وضعه فی بيته ولم يهلك بفعله فان قيل
خبزه فی بيته يمنع ان يخبز لغيره ومن عمل لواحد فهو اجير وحد واستحقاقه الاجرة لا يتوقف علی الفراغ من العمل
اجيب بان اجير الوحد من وقع العقد فی حقه علی المدة كمن استاجر شهرا للخدمة وما نحن فيه مستاجر علی العمل فكان
اجيرا مشتركا توقف استحقاقه علی فراغ العمل ولا ضمان علی الخباز لانه لم يوجد منه جناية بوجه هذا عند ابی
حنيفة وقالا يضمن لان العين مضمون عليه كالمغصوب علی الغاصب ولا يبرأ الا بحقيقة التسليم والوضع
فی بيته ليس بذلك ثم ان شاء المستاجر ضمنه مثل دقيقه ولا اجر له وان شاء ضمنه الخبز وله الاجر ولا ضمان
عليه فی الحطب والملح عندهما لان ذلك صار مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه وحال وجوده رماد لا قيمة له
قال فی النهاية هذا الاختلاف علی اختيار القدوری واما عند غيره فلا ضمان بالاتفاق اما عنده فلانه لم يهلك
من عمله واما علی قولهما فلانه هلك بعد التسليم وهذا اذا كان الوضع فی بيته مسلما كذا فی العناية وللطباخ
للوليمة ای طعام العرس بعد الغرف ای بعد جعل المرق فی القصاع لانه من تمام عمله عرفا وان استاجر فی طبخ
قدر طعام لصاحبه فليس عليه الغرف للعرف فعلم ان تسوية الخوان ووضع القصاع واجب عليه علی ما قيل
كما فی الكرمانی ولو افسد طعام الوليمة بان احرقه او لم ينضجه ضمن كما فی العمادی كذا فی القهستانی وللضارب
اللبن فی ملك المستاجر مع تعيين الملبن واما اذا لم يبين الملبن ولهم ملابن تستعمل علی السواء فسدت
الاجارة فلو لم يكن الا ملبن واحد او متعدد ولكن يغلب استعمالهم لواحد منها صح كما فی المحيط كذا فی القهستانی
واللبن بفتح اللام وكسر الباء والكسر مع السكون لغة ما يتخذ من الطين ويبنی به بعد اقامته ونصبه وقالا بعد تشريجه
ای تنضيده بضم بعضه الی بعض لان بذلك يؤمن عليه الفساد وهو من تمام عمله فيلزم الموجر عرفا وله ان العمل
تم بالاقامة لانه يمكنه الانتفاع به من غير خلل فلا يلزمه شیء آخر والتشريج شیء آخر فلا يلزمه الا بالشرط فاذا لم يشرط
فان افسده المطر قبل الاقامة او انكسر فلا اجر له لانه لا يصير مسلما ما لم يصر لبنا وما دام علی الارض لم يصر لبنا واما
اذا تلف بعد الاقامة قبل التشريج تلف من مال المستاجر ويفتی بقولهما ذكره فی العيون وهذا اذا ضرب اللبن فی
بيت المستاجر اما اذا ضربه فی ملك نفسه لا يجب الاجر عنده الا بالعد عليه بعد اقامته وعندهما بالعد عليه بعد التشريج
ذكره فی الحقائق كذا فی ايضاح ابن كمال ومن لعمله اثر فی العين يعنی سواء كان ذلك الاثر مالا كالنشا والبيض فی
عمل قصار يعصرهما او لم يكن مالا كالنسج والصبغ وهذا لان القائم بالثوب لون الصبغ لا عينه ذكره فی المبسوط
واشار المصنف الی النوعين بقوله كصباغ وقصار بالنشا والبيض فله حبسها للاجر لان المعقود عليه الوصف الذی
احدثه فی الثوب وهو قائم فيه فله ان يحبسه بدله كما فی المبيع والوصف لا ينفك عن العين فجاز حبسها
لذلك فان حبسها فضاعت فلا ضمان علی الموجر لعدم تعديه فلا اجر علی المستاجر لهلاك المعقود عليه قبل
التسليم هذا عنده وقالا العين كانت مضمونة قبل الحبس فبعده اولی ثم ان شاء المالك ضمنه مصبوغا
وله الاجر او ضمنه غير مصبوغ فلا اجر لانه مبيع هلك قبل القبض ومن لا اثر لعمله فيها كالحمال بالحاء والجيم والملاح

وغاسل الثوب ليس له حبسها لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين بل انما يقوم بالعامل فالحبس
فيه غير مقصور وغسل الثوب نظير الحمل اذا لم يكن فيه من النشا وغيره سوى ازالة الوسخ بالماء واما اذا كان ففيه
مسئلة القصار وهذا مختار بعض المشايخ اختاره صاحب الهداية وذكر في المبسوط وجامع قاضيخان ان
احداث البياض في الثوب بازالة الدرن بمنزلة عمل له اثر في العين وهو الاصح لان البياض كان مستترا وقد
ظهر بفعله كذا في شروح الهداية قال في البدايع اذا لم يكن لعمله اثر ظاهر في العين ليس له حبس العين لان البدل
انما يقابل نفس العمل الا ان العمل كله شيء واحد اذ لا ينتفع ببعضه دون بعض فكما فرغ حصل في يد المستاجر
فلا يملك حبسه عنه بعد طلبه كيد الوديعة ولهذا لا يجوز حبس الوديعة بالدين ولو حبسه فهلك قبل التسليم لا يسقط
الاجرة كما ذكرنا انه كما وقع في العمل حصل مسلما الى المستاجر لحصوله في يده فتقررت عليه الاجرة فلا يحتمل السقوط
بالهلاك فيضمن لانه حبسه بغير حق فصار غاصبا بالحبس ونص محمد على الغصب فقال فان حبس الحمال المتاع في
يده فهو غاصب هذا اذا كان المعمول فيه في يد الاجير فان كان في يد المستاجر فبقدر ما اوقعه من العمل فيه يصير
مسلما الى المستاجر قبل الفراغ منه حتى يملك المطالبة بقدره من المدة بان استاجر رجلا ليبني له بناء في ملكه
او فيما في يده بان استاجره ليبني له بناء في داره او يعمل له ساباطا او جناحا او يحفر له بئرا او قناة او نهرا
او ما اشبه ذلك في ملكه او فيما في يده فعمل بعضه فله ان يطالبه بقدره من الاجرة لكنه يجبر على الباقي حتى لو انهدم
البناء او انهارت البئر او وقع فيها الماء او التراب وسواها مع الارض او سقط الساباط فله اجر ما عمل بحصته
لانه اذا كان في ملك المستاجر او في يده فكما عمل شيئا حصل في يده قبل هلاكه فصار مسلما اليه فلا يسقط بدله
بالهلاك ولو كان ذلك في غير ملكه ويده ليس له ان يطلب شيئا من الاجرة قبل الفراغ من عمله وتسليمه اليه حتى لو
هلك قبل التسليم لا يجب شيء من الاجرة لانه اذا لم يكن في ملكه ولا في يده توقف وجوب الاجرة فيه على
الفراغ والتسليم وقال الحسن بن زياد اذا اراه موضعا من الصحراء يحفر فيه بئرا فهو بمنزلة ما هو في ملكه او يده
وقال في آخر الكلام وهذا قياس قول ابي حنيفة وقال محمد لا يكون قابضا الا بالتخلية وان اراه الموضع وهو
الصحيح لان ذلك الموضع بالتعيين لم يصر في يده فلا يصير عمل الاجير فيه مسلما له انتهى كلام البدايع كذا في التاتارخانية
نقلا عن المحيط بخلاف راد الآبق حيث له حبسه على الجعل وان لم يكن لعمله اثر لانه عرف نصا ولانه كان
على شرف الهلاك وقد احياه برده فكانه باعه منه بالجعل فله حق الحبس واذا اطلق العمل للصانع فله ان
يستعمل غيره لان المستحق العمل ويمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين وان قيد
بعمله بنفسه بان يقول للصانع بان تعمل بنفسك او بيدك مثلا فلا يجوز له ان يستعمل غيره قال في الهداية
لان المعقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه كان استاجر دابة بعينها للحمل فانه ليس للموجر
ان يسلم غيرها وفيه تامل لانه ان خالفه الى خير بان استعمل من هو اصنع منه في ذلك الفن او سلم دابة
اقوى من ذلك كان ينبغي ان يجوز ومن استاجره رجل ليجيء بعياله يعني ليذهب الى البصرة مثلا فيجيء بعياله فذهب
فوجد بعضهم قد مات فاتى بمن بقي فاما ان يكون على جماعة معلومي العدد او لا فان كان الثاني استحق
جميع الاجرة وان كان الاول فله اجره بحسابه لانه اوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره وهذا
اختيار الفقيه ابي جعفر الهندواني واختاره في الهداية وان استوجر لايصال طعام الى زيد فذهب فوجده
ميتا فرده لموت زيد او لغيبته فلا اجر له بالاتفاق فانه بالعود نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام ولذا

لو استوجر

لو استوجر لايصال كتاب اليه اي الى زيد فذهب فرده لموته او لغيبته فلا اجر له عند ابي حنيفة وابي يوسف لان
المعقود عليه نقل الكتاب لانه المقصود او وسيلة الى المقصود وهو علم ما في الكتاب وقد نقضه برده فسقط الاجر
وقال محمد له اجر ذهابه هنا سواء شرط المجيء بالجواب ام لا كما في النهاية وغيره لان المعقود عليه عنده قطع المسافة
لان المشقة فيه دون نقل الكتاب وقد اوفى بعض المعقود عليه بذهابه فيستحق الاجر المقابل له ولو ترك اي
الكتاب هناك وتفصيله انه لو دفع الكتاب الى ورثة زيد في صورة موته او الى من يسلم اليه اذا حضر في
صورة غيبته وجب كل الاجر هذا اذا لم يشترط المجيء بالجواب والا فله اجر الذهاب وهو نصف الاجر المسمى
اجماعا كما في النهاية لان الحمل لم ينتقض وكذا اذا مزق الكتاب ثمه وقيل ينبغي ان لا يجب الاجرة حينئذ لانه اذا ترك ثمه
انتفع به وارثه بخلاف ما اذا مزقه كما في الظهيرية كذا في القهستاني وان وجده ولم يوصله اليه لا يجب شيء لانتفاء
المعقود عليه وهو الايصال ذكره في الدرر باب ما يجوز من الاجارة وما لا يجوز لما فرغ من ذكر الاجارة وشرطها
ووقت استحقاق الاجرة ذكر هنا ما يجوز من الاجارة باطلاق اللفظ وتقييده وذكر ايضا من الافعال ما يعد خلافا من الاجير
للموجر وما لا يعد خلافا فقال وصح استيجار الدار والحانوت وان للوصل لم يذكر عند العقد ما يعمل فيه والقياس ان
لا يجوز لان المقصود من الدور والحوانيت الانتفاع وهو متنوع فوجب ان لا يجوز ما لم يبين شيئا من ذلك لكنا
قلنا ان الاصل ان كل عمل لا يضر بالبناء يستحقه بمطلق العقد استحسانا ولهذا اجاز له ان يعمل فيها كل شيء من انواع
الانتفاع فله ان يسكن فيها بنفسه ومع غيره وله ان يسكن فيه غيره بالاجارة والاعارة وله ان يتوضأ
فيها وغسل الثياب وكسر الحطب ووضع المتاع وغيرها وذلك لان الناس لا يتفاوتون في السكنى فكانت معلومة
من غير تسمية وكذا النفع لا تفاوت بكثرة السكان وقلتهم الا تفاوتا يسيرا وانه ملحق بالعدم ووضع المتاع في مثاله
من توابع السكنى وذكر في الاصل ان له ان يربط في الدار دابته وبعيره لان ذلك من توابع السكنى وقيل ان هذا الجواب
على عادة اهل الكوفة والجواب فيه يختلف باختلاف العادة فان كان في موضع جرت العادة بذلك له ذلك والا
فلا كذا في البدايع قال مشايخنا ان كان له ولاية ربط دوابه فيها اذا كان فيها موضعا معدا لربط الدواب واما اذا
لم يكن فليس له ولاية ربط الدواب وفي الخلاصة ويربط الدابة على باب داره وليس للآجر ان يدخل دابته الدار
المستاجرة بعد ما سكن المستاجر وضمن ما تلف به هذا اذا اجر كل الدار فان لم يواجر صحن الدار له ان يربط في
الصحن سوى ما يوهن البناء الا برضا صاحبها كالحدادة والقصارة والطحن لان في ذلك ضررا ظاهرا فيتقيد
العقد بما وراءها دلالة ذكر في المحيط بعض مشايخنا المراد الطحن برحى الماء لا برحى اليد وبعضهم قالوا ان كان رحى اليد
يضر بالبناء يمنع عنه ايضا وان كان لا يضر لا يمنع واليه مال شمس الائمة الحلواني وعليه الفتوى وان اختلفا فقال المستاجر
استاجرت للحدادة وقال الآجر اجرت للسكنى دونها فالقول للآجر وكذا اذا انكر الاجارة في نوع دون نوع وان اقاما
البينة فالبينة بينة المستاجر كذا في التاتارخانية واستيجار الارض للزرع لان الزراعة منفعة مقصودة معهودة
فيها وينبغي ان يذكر انه يستاجرها للزراعة لانها تستاجر لغيرها ايضا فلا بد من البيان نفيا للجهالة ان بين ما يزرع
فيها او قال على ان يزرع ما شاء وللبناء والغرس قال في البدايع واما اجارة الارض فلا بد فيها من بيان ما يستاجر
له من الزراعة والغرس والبناء وغير ذلك فان لم يبين كانت الاجارة فاسدة الا اذا جعل له ان ينتفع بها ما شاء
وكذا اذا استاجرها للزراعة فلا بد من بيان ما يزرع فيها او يجعل له ان يزرع فيها ما شاء والا فلا يجوز العقد لان
منافع الارض تختلف باختلاف البناء والغرس والزراعة وكذا المزروع فانه متفاوت في الضرر بالارض وعدمه

كالبر والرطبة كما سياتي فلابد من التعيين قطعاً للجهالة المفضية الى المنازعة بخلاف السكنى فانها لا تختلف كما مر ويدخل
الشرب والسيل والطريق في العقد الى تنصيص وقد مر في البيوع ويجوز ان يستاجر الساحة وهي الارض الخالية
من البناء والشجر ليبني فيها او يغرس لان ذلك ايضا منفعة مقصوده بالاراضي فيصح لها العقد وان انقضت
المدة لزمه اي المستاجر ان يقلعهما اي البناء والغرس ويسلمها اي الارض فارغة لانه لا نهاية لهما ففي ابقائهما
ضرر لصاحب الارض الا ان يغرم الموجر قيمة ذلك البناء والغرس مقلوعا اي مستحقا للقطع فانه اقل من
قيمة المقلوع كما سياتي في كتاب الغصب ان شاء الله تعالى برضى صاحبه هذا اذا كان القلع لا يضر بالارض
وان كانت الارض تنقص بقلعه اي ما ذكر من البناء والغرس فبدونه اي فيغرم قيمته مقلوعا ويتملك الارض
بدون رضاه اي المستاجر ايضا اي كما يتملكه في المسئلة الاولى برضاه رعاية للطرفين او يرضيا بتركه اي ما ذكر من
البناء والارض فيكون البناء والغرس لهذا اي لصاحبهما وهو المستاجر ويكون الارض لهذا اي لصاحبها وهو
الموجر وفي فتاوى اهل سمرقند اذا انقضت مدة الاجارة ورب الدار غائب فلم يرد المستاجر الدار بل يسكن فيها سنة ثم حضر
رب الدار لا يلزمه الاجر كما بعد انقضاء المدة وفي الخانية وكذا لو انقضت المدة والمستاجر غائب والدار في يد امراته لان المراة
لم تسكنها باجر كذا في التاتارخانية والرطبة كالشجر لان لها بقاء في الارض ليست كالزرع فتكون في حكم الشجر والزرع
يترك فيها باجر المثل الى ان يدرك يعني اذا انقضت المدة في الارض المستاجرة والزرع بقل يترك الى وقت الادراك
باجر المثل لان لها نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين وفي السغناقي وفي الغصب يلزم على الغاصب قلع الزرع
في الحال من غير نظر الى الاستحسان وفي العارية اذا اعار الارض ليزرعها ووقت لذلك وقتا او لم يوقت فلما تقارب
حصاده اراد ان يقلع زرعه ففي القياس له ذلك وفي الاستحسان لا ياخذها صاحبها الى ان يحصد المستعير زرعها
كذا في التاتارخانية واستيجار الدابة للركوب والحمل واستيجار الثوب للبس فان اطلق يعني عمم بان قال عند
استيجار الدابة استاجرتها على ان اركب من اشاء وعند استيجار الثوب استاجرته على ان البس من اشاء
فله ان يركب الدابة بنفسه ويلبس الثوب بنفسه وله ان يركبها ويلبسه من شاء عملا بالاطلاق فاذا ركب
هو بنفسه او لبس هو بنفسه او اركب غيره او البس غيره تعين يعني تعين ذلك الراكب واللابس مرادا من
الاصل فلا يستعمله غيره فبعد ذلك التعيين لو اركب غيره او البس فعطب ضمن واما اذا ابهم عند العقد بان قال
استاجرتها للركوب ولم يزد عليه فالعقد فاسد لانه مما يختلف اختلافا فاحشا فان ركب شخصا ومضت المدة
فالقياس ان يجب عليه اجر المثل لانه استوفى المعقود عليه بعقد فاسد فلا ينقلب الى الجواز كما لو اشترى
شيئا بنحو خمر وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب جائزا لان الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال
فكانها ارتفعت من الابتداء كذا في العناية ولو استاجرها للركوب بنفسه فاركب غيره ضمن ان تلفت وان سلم
فلا اجر لانه غاصب كذا في التاتارخانية نقلا عن العتابية وان قيد براكب او لابس بان قال عند العقد
على ان يركب فلان او يلبس فخالف ضمن قال في الاختيار لان الناس يختلفون في الركوب واللبس فيفضي
الى المنازعة واذا عين او اطلق فلا منازعة الا انه اذا ركب او لبس واحد تعين فليس له ان يركب او يلبس
غيره كما اذا عينه في الابتداء انتهى فظهر ان ذلك القيد مفيد لا بد من اعتباره فان تعدى كان ضامنا وكذا كل ما يختلف
باختلاف المستعمل كالفسطاط حتى لو استاجره فدفعه الى غيره اجارة او اعارة فنصبه وسكن فيه ضمن عند ابي يوسف
لتفاوت الناس في نصبه واختيار مكانه وضرب اوتاده وعند محمد لا يضمن لانه للسكنى كالدار وفي الخانية رجل استاجر

من آخر

من اخر فسطاطا وقبض كان له ان يواجر من غيره كما في الدار كذا في التاتارخانية وما لا يختلف به اي باختلاف المستعمل
فتقييده بهدر لانه غير مفيد فلو شرط في الدار سكنى واحد بعينه جاز ان يسكن غيره لكون التقييد بهذا لعدم
التفاوت في السكنى وان سمى ما يحمل على الدابة نوعا وقدرا ككر بر بعينه فله حمل مثله اي جاز له ان يحمل عليها كرا من
بر آخر او اخف من البر كالشعير والسمسم لان ذلك داخل تحت الاذن لانتفاء التفاوت لا يجوز له حمل ما هو
اضر من البر كالملح اذا كان مثله كيلا لانه اثقل فانعدم الرضا فيه وان سمى قدرا من القطن فليس له ان يحمل مثل
وزنه حديدا لانه يكون اضر على الدابة لاجتماعه في موضع من الظهر بخلاف القطن فانه ينبسط عليه فان استاجرها
ليحمل عليها مقدارا من جنس سمى ثم زاد على ما سمى فعطبت اي هلكت الدابة ضمن قدر الزيادة لانها عطبت
بما هو ماذون فيه وغير ماذون فيه وسبب الهلاك الثقل فانقسم عليهما ان كانت الدابة تطيق ما
حملها والا اي وان لم تطقه فكل القيمة اي ضمن كل قيمتها لعدم الاذن فيها اصلا لخروجه عن العادة كما اذا كان
الزيادة من خلاف جنس المسمى ثم الاصل ان المستاجر اذا خالف الى مثل المشروط او اخف فلا شيء عليه لان الرضى
بالعلى الضررين رضى بالادنى وبمثله دلالة وان خالف الى ما هو فوقه في الضرر فعطبت الدابة فان كان من خلاف
جنس المشروط ضمن الدابة لانه متعد في الجميع ولا اجر عليه وان كان من جنسه ضمن بقدر الزيادة وعليه الاجر الا اذا
كان قدرا لا تطيقه فيضمن الكل كذا في الاختيار وذكر في الصغير فيه استاجر دابة بعينها للحمل فحمل المكاري على غيرها
لا يستحق الاجر ويكون متبرعا كذا في التاتارخانية اذا استاجر دابة الى موضع معلوم باربعة دراهم على ان يرجع
في يومه ذلك فلم يرجع الى خمسة ايام قالوا يجب عليه درهمان لانه خالف في الرجوع ولا يسقط عنه اجر الرجوع ويجب
اجر الذهاب كذا في قاضيخان وذكر شمس الائمة السرخسي في كتاب العارية اذا استعار دابة ليحمل عليها
كذا منا من الحنطة فحمل عليها مثل ذلك الوزن من الشعير والسمسم والارز انه يضمن قيمتها وذكر شيخ الاسلام
في شرحه انه لا يضمن استحسانا وهو الاصح وبه كان يفتي الصدر الشهيد كذا في التاتارخانية وفي الارداف يضمن
النصف يعني اذا استاجرها ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها بخلاف ما اذا اردف صبيا حيث
يكون الضمان بقدر ثقله اذا كان لا يستمسك بنفسه لانه بمنزلة الحمل وان كان صبيا يستمسك فهو كالرجل كذا
في الكفاية ثم المالك بالخيار ان شاء ضمن المستاجر وان شاء ضمن الرديف فان ضمن المستاجر لا يرجع ذلك
على الرديف مستاجرا كان او مستعيرا وان ضمن الرديف يرجع على المستاجر ان كان مستاجرا وان كان مستعيرا
لا يرجع ذكره في الفصول فلا عبرة بالثقل لان الدابة يعقرها جهل الراكب الخفيف لجهله بالفروسية ويخف عليها ركوب
الثقيل لعلمه بها ولان الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فاعتبر عدد الراكب بعدد الجنايات فاذا جرح
رجل رجلا جراحة واحدة والآخر عشر جراحات خطاء فمات فالدية بينهما انصافا لان رب جراحة واحدة اكثر
تاثيرا من عشر جراحات هذا اذا كانت الدابة تطيق باثنين فان كانت لا تطيقهما فعليه جميع قيمتها لانه
اتلفها باركاب غيره كذا في البدايع والخبازي نقلا عن المبسوط وان كبحها اي جذب الدابة بلجامها الى نفسه
لتقف ولا تجري او ضربها فعطبت ضمن كل قيمتها الا ان يكون باذن المالك في ذلك هذا عند ابي حنيفة خلافا لهما فيهما
معتادا اي الكبح المتعارف او الضرب المتعارف داخل تحت العقد لانه لا بد من الضرب المعتاد في استخراج
السير فكان ماذونا فيه عادة والمعتاد كالمشروط ولابي حنيفة ان الاذن مقيد بشرط السلامة اذا امكن تحقق المقصود بها وهنا ممكن اذ يتحقق السوق
فيما ينتفع به الماذون مقيد بشرط السلامة اذا امكن تحقق اتمام المقصود بها وهنا ممكن اذ يتحقق السوق

ولو اخف من ... الاخر جاز عند البعض ... [illegible]

بدونه لانه يمكن ذلك من تحريك الرجل والصيحة فلا يملك ذلك الا بصريح الاذن ذكره في الاختيار فروع وفي الاصل الاستاذ
في كل عمل اذا ضرب الصبي والعبد للتعليم فهلك ان كان بغير اذن الاب او الوصي ضمن ولو كان باذن الاب او الوصي
لا يضمن ولو ضرب الاب فمات ضمن وكذا الوصي لان الاب يضربه لنفسه لان منفعة ضربه عائدة اليه بخلاف المعلم فان ضربه
باذن من له الولاية وكذا الرجل لو ضرب زوجته كذا في الخلاصة بلغ الصبي عشر سنين يضربه لاجل الصلوة باليد لا بالخشب
ولا يجاوز الثلاث وكذا المعلم قال عليه السلام لمرداس المعلم اياك وان يضرب فوق ثلاث فانك ان ضربت فوق ثلاث
اقتص الله تعالى منك ولا يضرب المعلم بالخشب وان اذن الاب كذا في البزازية وان تجاوز بها مكانا سماه ضمن وكذلك
العارية ولا يبرأ بردها الى ما سماه وان للوصل استأجرها ذاهبا وآيبا في الاصح اختلف في هذه المسئلة فمنهم من اولها
بان المراد هو ان يستأجرها ذاهبا فقط لان الاجارة قد انتهت بالوصول الى ذلك الموضع المسمى فيضمن بالجواز عنه
اذ لا يصير المستأجر بالعود اليه مردودة الى يد المالك معنى اما اذا استأجرها ذاهبا وجائيا كان بمنزلة المودع اذا
خالف ثم عاد الى الوفاق ومنهم من اجرى الجواب على اطلاقه وفرق بينه وبين المودع بان المودع مأمور بالحفظ مقصودا
وهو ظاهر وكل من هو كذلك يبقى مأمورا بالحفظ بعد العود الى الوفاق لقوة الامر لكونه مقصودا فيكون الرد ردا
الى نائب المالك والمستأجر والمستعير مأموران بالحفظ تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال بالتجاوز
عن الموضع المسمى انقطع ما هو تابع له وهو الحفظ فلم يبق نائبا فلا يكون الرد ردا اليه ولا يبرأ الا بالرد الى المالك
او نائبه قال في الهداية وهذا اصح الاجراء على الاطلاق اصح وان نزع المستأجر سرج الحمار واسرجه بما يسرج ذلك
الحمار بمثله لا يضمن لانه لما كان مثله تناوله الاذن اذ لا فائدة في التقييد بغيره فان اسرجه المستأجر او اوكفه بما
لا يسرج الحمار به مثل ان يسرجه بسرج البرذون او لا يوكف به مثله ضمن لانه لم يتناوله الاذن
من جهته فصار مخالفا وكذا ان اوكفه بما يوكف به مثله عند ابي حنيفة ولم يبين مقدار المضمون فاختلف فيه
فذكر في الاجارات يضمن بقدر ما زاد وفي رواية الجامع الصغير يضمن جميع القيمة قال شيخ الاسلام وهذا اصح وقالا
يضمن وتكلموا على قولهما ايضا انه يضمن بحسابه وهو احد الروايتين عن ابي حنيفة فمنهم من قال المراد المساحة
حتى اذا كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والاكاف قدر اربعة اشبار يضمن نصف قيمتها ومنهم
من قال معناه بحسابه في الثقل والخفة فاشار المصنف الى اختياره بقوله قدر ما زاد وزنه على السرج
فقط حتى اذا كان وزن السرج منوين والاكاف ستة امناء يضمن ثلثي قيمتها كما اشار اليه صاحب الهداية
في الدليل حيث قال لانه اذا كان يوكف بمثله الحمار كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا
على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض بها فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كان من جنسه لان الاكاف
ليس من جنس السرج لانه للحمل والسرج للركوب وينبسط احدهما على الظهر اكثر من الآخر فصار كما لو سمى حنطة وحمل بوزنها
شعيرا فانه يضمن لان الشعير ينبسط على ظهر الدابة اكثر من الحنطة فكان مخالفا كما اذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة ذكره
في الهداية وفيه نظر لانه عكس ما نحن فيه من المثال الا اذا جعل ذلك مثالا للمخالفة فقط من غير نظر الى الانبساط
وعدمه كذا في العناية قوله لان الشعير ينبسط على ظهر الدابة اكثر من الحنطة الخ قال الزيلعي هكذا ذكره في النهاية وعزاه الى
المبسوط ثم قال ذكر شيخ الاسلام في شرحه انه لا يضمن استحسانا وقال وهو الاصح لان ضرر الشعير عند استواء وزنهما
اخف من ضرر الحنطة لانه يأخذ من ظهر الدابة اكثر مما يأخذه الحنطة فيكون اخف بالانبساط وقال وبه كان يفتي
صدر الشهيد كذا في حاشية السعدي وان سلك الحمال طريقا غير ما عينه المالك مما يسلكه الناس او حمل في البحر فهلك

ضمن

[هامش:] فيه ... ان عليه ان لم يتفاوت الطريقان وان تفاوتا وكان لا يسلكه الناس ح

ضمن يعني لو استأجر حمالا ليحمل له طعاما في طريق كذا فسلك غيره فلا يخلو اما ان يكون ما يسلكه الناس اولا فان
كان الاول فاما ان يكون بين الطريقين تفاوت بان يكون احدهما اوعر او ابعد او اخوف او نحو ذلك اولا فان كان
الثاني فلا ضمان عليه لان التقييد اذ ذاك غير مفيد وان كان الاول ضمن لصحة التقييد لكونه مفيدا الا ان
الظاهر عدم التفاوت اذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل وان كان الثاني اعني ما لا يسلكه الناس فهلك
ضمن لصحة التقييد فصار مخالفا وان حمل في البحر فيما يحمله الناس ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر حتى ان المودع
ان يسافر بالوديعة في طريق البر دون البحر وان بلغ المنزل فله الاجر لانه اي الحمال تمم الاجر لحصول المقصود وارتفاع
الخلاف معنى وان بقي صورة وان عين زرع بر في استيجار الارض للزراعة فزرع رطبة ضمن ما نقصت الارض
لان الرطبة اعظم ضررا من البر لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر فيضمن ما نقصت ولا
اجر عليه لانه صار غاصبا بالمخالفة الى شر فسقط الضمان لان الاجر والضمان لا يجتمعان اذ الاجر يستلزم عدم
التعدي والضمان يستلزمه وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات وان زرع فيها ما هو مثل البر او زرع ما هو
اقل ضررا من البر فلا ضمان عليه لانه موافق او موافق الى خير وتجب الاجر لانه لا يصير بذلك غاصبا كذا في الزيلعي والعناية
وان امر بخياطة الثوب قميصا فخاطه قباء خير المالك بين تضمين قيمته وبين اخذ القباء قيل المراد بالقباء القرطق الذي
هو ذو طاق لانه يستعمل استعمال القباء وقيل هو مجرى على اطلاقه لانهما يتقاربان في المنفعة وعن ابي حنيفة انه يضمنه من
غير خيار لان القباء خلاف جنس القميص فوجه الظاهر انه يشد وسطه وينتفع به انتفاع القميص لانه يستر العورة ويدفع
الحر والبرد بذلك ففيه الموافقة والمخالفة فيميل الى اي الجهتين شاء وان دفع اجر مثله لقصور جهة الموافقة لان صاحب
الثوب رضي بالمسمى بمقابلة خياطة القميص دون القباء لا يزاد على ما سمى لان اجر المثل لا يزاد على المسمى عندنا في الاجارة
الفاسدة وكذا لو امر بقباء فخاط سراويل في الاصح وقيل يضمنه بلا خيار للتفاوت في المقصود والاصح انه يخير للاتحاد
في اصل المنفعة وصار كمن امر بضرب طشت من شبه فضرب منه كوزا فانه يخير كذا ههنا كذا في الهداية باب الاجارة
الفاسدة تأخير الاجارة الفاسدة عن صحيحها لا يحتاج الى معذرة لوقوعها في محلها وفي العناية ثم الفساد قد يكون لجهالة
قدر العمل بان لا يعين محل العمل وقد يكون لجهالة البدل وقد يكون بشرط فاسد مخالف لمقتضى العقد فالفاسد يجب
فيه اجر المثل ولا يزاد على المسمى في العقد ان كان معلوما وان لم يسم يجب اجر المثل بالغا ما بلغ وفي الباطل لا يجب الاجر
والعتق غير مضمون في يد المستأجر سواء كانت صحيحة او فاسدة او باطلة كذا في التاتارخانية يجب فيها اي في الفاسدة
اجر المثل فيه دفع لما قيل الاقل من الاجر والمسمى انما يجب اذا فسدت بشرط اما اذا فسدت لجهالة المسمى او لعدم
التسمية وجب اجر المثل بالغا ما بلغ نقله في النهاية عن الذخيرة والمغني وفتاوى قاضي خان كذا في العناية قوله
قالوا اذا استأجر دارا على ان لا يسكنها المستأجر فسدت الاجارة ويجب ان سكنها اجر المثل بالغا ما بلغ
كذا في شرح الزيلعي قال في المحيط البرهاني اذا تكارى من رجل دارا سنة بمائة درهم على ان لا يسكنها فالاجارة فاسدة
لانه شرط في الاجارة ما لا يقتضيه العقد وللموجر فيه منفعة فانه اذا لم يكن فيها المستأجر لا يمتلئ البئر الوضوء والمخرج
واذا سكن تمتلئ واصلاح ذلك على الآجر فكان للآجر فيه منفعة من ذلك الوجه انتهى قال الاتقاني لو قال آجرتك
هذه الدار شهرا بعشرة على ان لا يسكنها فسدت هذه الاجارة وان سكنها يجب اجر المثل بالغا ما بلغ لا يزاد
على المسمى ولا ينقص عنه وهذا ايضا يرجع الى جهالة المسمى في الحقيقة كذا قال الامام فخر الدين قاضي خان انتهى
ولعل وجه ذلك ان العاقدين لم يجعلا المسمى بمقابلة المنافع حيث شرط المستأجر ان لا يسكن ولا بمقابلة التسليم

لانه يتحقق مع فساد العقد لان التسليم هو التخلية وهي التمكن وذلك لا يتحقق مع الفساد لوجود المنع من الانتفاع به شرعا فاشبه المنع الحسي من العباد فاذا سكن فقد استوفى منافع ليس في مقابلتها بدل فيجب اجر المثل بالغا ما بلغ كما اذا لم يذكر في العقد تسمية اصلا ولا ينقص عن المسمى لان المستاجر يستحق المسمى بدون الانتفاع فعند الانتفاع اولى فليتدبر كذا في حاشية السعدي وفي الظهيرية وما تواضع عليه السماسرة من المقادير في بيع الاشياء فذلك عدوان محض ولا شيء لهم سوى اجر المثل كذا في التاتارخانية لا يزاد على المسمى وقال زفر والشافعي يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان فان البيع اذا فسد وجب القيمة بالغة ما بلغت وهذا بناء على ان المنافع عنده كالاعيان ولنا ان تقوم المنافع ضرورة دفع الحاجة بالعقد والضروري يتقدر بقدر الضرورة والضرورة تندفع بالصحيحة فيكتفى بها وهذا كما ترى يقتضي عدم اعتبار الفاسدة الا ان الفاسدة تبع الصحيحة فيثبت فيها ما يثبت في الصحيحة عادة وهو قدر اجر المثل وهذا يقتضي لزوم الاجارة الاجر بالغا ما بلغ لكنهما اذا اتفقا على مقدار في الفاسدة سقطت الزيادة بخلاف البيع فان العين متقومة في نفسها والقيمة هو الموجب الاصلي ومن استاجر دارا كل شهر بكذا صح العقد في شهر واحد فقط الا ان يسمي جملة الشهور مثل ان يقول عشرة اشهر كل شهر بدرهم لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت فيما لا نهاية له ينصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم لان جملة الشهور مجهولة والبعض منها غير محصور كذلك ومحصورا ترجيح بلا مرجح والواحد منها معلوم متيقن فصح العقد فيه واذا تم الشهر كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح وهل يلزم ان يكون النقض بحضرة من الآخر اولا اختلف المشايخ فيه فمنهم من يقول انه لا يصح من غير حضرة صاحبه على قول ابي حنيفة ومحمد ويصح على قول ابي يوسف ومنهم من يقول انه لا يصح بغير حضرة بلا خلاف كذا في شروح الهداية وكل شهر سكن فيه المستاجر ساعة صح فيه فبعد استيفاء منافع الشهر الاول لو سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ايضا ولهذا سقط حق الفسخ الى ان ينقضي الشهر الذي وقع السكنى في جزء منه لانه تم العقد فيه بتراضيهما بالسكنى فعلى هذا ما ذكره القدوري وهو القياس واليه مال بعض المتاخرين ولكن ظاهر الرواية بقاؤه اي بقاء حق الفسخ والخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى ويومها من الشهر الداخل قال الزيلعي وبه يفتى لان في اعتبار الاول بعض الحرج واختلفوا في كيفية الفسخ في رأس الشهر الثاني بناء على ان رأسه عبارة عن الساعة التي يهل فيها الهلال فكلما اهل مضى رأس الشهر والفسخ بعد ذلك فسخ بعد مضي مدة الخيار وقبل ذلك فسخ قبل مجيء وقته وكلاهما لا يجوز وذكروا لذلك طرقا ثلاثة منها ان يقول الذي يريد الفسخ في خلال الشهر فسخت العقد رأس الشهر فيفسخ العقد اذا اهل الهلال فيكون هذا فسخا مضافا الى رأس الشهر وعقد الاجارة يصح مضافا فكذا فسخه ومنها ان يقول قبل مضي الشهر فسخت الاجارة فيتوقف الفسخ الى انقضاء الشهر فيعمل ومنها ان يفسخ في الليلة الاولى مع اليوم كما ذكر وهذا كله اذا لم يعجل بالاجرة والا فلا يفسخ كل فيما عجل ذكره في النهاية وان استاجرها بعشرة دراهم سنة صح وان للوصل لم يبين قسط كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد وابتداء المدة ما سمي بان يقول من شهر رجب من هذه السنة مثلا والا اي وان لم يسم شيئا فوقت يعني تعتبر ابتداؤها من وقت العقد الذي استاجرها فيه لان الاوقات كلها في حق الاجارة سواء لذكر الشهر منكرا وفي مثله يتعين الزمان الذي يعقب السبب كما في الايمان كما اذا حلف لا يكلم فلانا شهرا ابدا لا الحال لان الظاهر من حال العاقل ان يقصد صحة العقد وصحته بذلك لتعينه لعدم المزاحم

بخلاف

بخلاف ما اذا قال لله علي ان اصوم شهرا حيث لا يتعين الشهر الذي يعقب نذره ما لم يعينه لان الاوقات كلها ليست فيه على السواء لان الليالي ليست بمحل له يوضحه ان الشروع في الصوم لا يكون الا بعزيمة منه وربما لا يقرن ذلك بالسبب فان كان العقد حين يهل الهلال على بناء المفعول اي يبصر تعتبر السنة بالاهلة لانها الاصل في الشهور العربية فمهما كان العمل به ممكنا لا يصار الى غيره والا اي وان لم يكن العقد حين الاهلال بل كان في اثناء الشهر فبالايام عند ابي حنيفة وهو رواية عن ابي يوسف ثلاث مائة وستين يوما وعند محمد وهو رواية عن ابي يوسف يعتبر الشهر الاول بالايام والباقي بالاهلة فيكون احد عشر شهرا بالهلال وشهر بالايام يكمل ما بقي من الشهر الاول من الشهر الاخير لان الايام يصار اليها ضرورة والضرورة في الاول منها فلا تتعدى الى غيره ولابي حنيفة ان اتمام الاول واجب ضرورة تسميته شهرا وتمامه لا يكون ببعض الثاني فاذا تم الاول بالايام ابتداء الثاني بالايام ضرورة وكذلك الى آخر السنة قال في القهستاني السنة عنده عددية لا شمسية ولا قمرية وعندهما قمرية لا غير فانه لو اجر في عاشر ذي الحجة فالسنة تتم على عاشر ذي الحجة وان تم على تسعة وعشرين والا يلزم تكرر عيد الاضحى في سنة واحدة قمرية احدهما في اول المدة والثاني في آخرها انتهى قال ابن كمال في ايضاح الاصلاح فعنده وهو رواية عن ابي يوسف يعتبر الكل بالايام كل شهر ثلاثون يوما وعند محمد وهو رواية اخرى عن ابي يوسف يعتبر الاول بالايام ويكمل من الاخير ويعتبر الباقي بالاهلة فان اجر عاشر ذي الحجة سنة فذو الحجة ان تم على ثلثين يوما فالسنة تتم عند محمد على عاشر ذي الحجة وان تم على تسعة وعشرين فالسنة تتم على الحادي عشر من ذي الحجة فان قلت يلزم ان يتكرر عيد الاضحى في سنة واحدة قلت نعم لكن في السنة التي قدر بها مدة الاجارة لا في السنة المعروفة فالمحذور غير لازم واللازم غير محذور انتهى وابو يوسف معه اي مع محمد في رواية ومع الامام في رواية اخرى كما اشرنا وكذا العدة وقد مر في الطلاق ويجوز اخذ اجرة الحمام والحجام لجريان العرف بذلك وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وروي انه عليه السلام احتجم واعطى الحجام اجره ولو كان حراما لما اعطاه وانما ذكرهما في الاجارة الفاسدة مع كونهما جائزا لان لبعض الناس فيه خلافا فان بعض العلماء كره غلة الحمام اخذا بظاهر قوله عليه السلام الحمام شر بيت ومنهم من فصل بين حمام الرجال والنساء فكره اتخاذ الحمام للنساء لانهن نهين عن البروز وامرن بالقرار وعن احمد بن حنبل انه لم يبح اجرة الحمام وكره كسبه عثمان وابو هريرة والحسن والنخعي وروى ابو هريرة ان رسول الله عليه السلام قال ان من السحت عسب التيس ومهر البغي وكسب الحجام والصحيح عند عامة العلماء انه لا بأس باتخاذ الحمام للرجال والنساء جميعا للحاجة والحاجة في حق النساء اظهر لان المرأة تحتاج الى الاغتسال عن الجنابة والحيض والنفاس ولا تتمكن من ذلك في الانهار والحياض تمكن الرجال وقد صح ان النبي عليه السلام دخل حمام الجحفة وتأويل ما روي من الكراهة هو ان يدخل مكشوف العورة فاما بعد التستر فلا بأس بالدخول ولا كراهة في غلته كما لا كراهة في غلة الدور والحوانيت والنهي عن كسب الحجام قد انتسخ بما ذكر في آخر حديث ابي هريرة فاتاه رجل من الانصار فقال ان لي ناضحا وحجاما افاعلف ناضحي من كسبه قال نعم واتاه آخر ان لي عيالا وحجاما افاطعم عيالي من كسبه قال نعم فلو رخصه بعد النهي دليل انتساخ الحرمة لا يجوز اخذ عسب التيس والمراد منه وهو ان يوجر الفحل لينزو على الاناث وخرج بعض الشافعية والحنابلة بجوازه وجها وهو انه انتفاع مباح ولهذا جاز بطريق الاستعارة والحاجة تدعو اليه فكان جائزا كاستيجار الظئر للارضاع قلنا هو مخالف لقوله عليه السلام ان من السحت عسب التيس رواه البخاري ومراده اخذ الاجرة عليه ولا يجوز الاستيجار على الطاعات كالاذان والحج في المفردات وصورة الاستيجار

على الحج الكبير استأجرتك ان تحج عنى بكذا والامامة والفقه الاصل ان كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستيجار عليه
عندنا ويجوز عند الشافعى فى كل ما لا يتعين على الاجير لانه استيجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عليه السلام
اقرؤا القرآن ولا تأكلوا به وفى آخر ما عهد عليه السلام الى عثمان بن ابى العاص فان اتخذت مؤذنا فلا يأخذ على
الاذان اجرا كما لا يجوز له اخذ الاجرة على الصوم والصلوة واذا تعين الشخص للامامة والافتاء والتعليم فانه لا يجوز استيجاره
بالاجماع ولا يجوز على المعاصى كالغناء بالكسر والمد وسيأتى تفسيره فى الكراهية ان شاء الله تعالى وسائر الملاهى لانه
الاستيجار على المعصية لا يستحق بالعقد فانه لو استحقت به كان وجوب ما يستحق به المرء عقابا مضافا الى الشرع
وهو باطل ويفتى اليوم بالجواز اى بجواز الاستيجار واخذ الاجرة على الامامة والاذان وتعليم القرآن والفقه وعليه
الفتوى كذا فى الهداية وشروحها قال فى المحيط ومشايخ بلخ جوزوا الاستيجار على تعليم القرآن اذا ضرب له المدة
وافتوا بوجوب المسمى وعند عدم الاستيجار اصلا وعند عدم ضرب المدة افتوا بوجوب اجر المثل وقالوا انما كره
تعليم القرآن بالاجر فى الصدر الاول لان حملة القرآن كانوا قليلا وكان التعليم واجبا حتى لا يذهب القرآن واما فى
زماننا كثر حملة القرآن فلم يبق التعليم واجبا فجاز الاستيجار عليه وذكر الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل البخارى
كان المتأخرون من اصحابنا يجوزون ذلك ويقولون انما كان المتقدمون قالوا يكره ذلك لانه كان للمعلمين
عطيات من بيت المال فكانوا مستغنين عما لا بد لهم من امر معاشهم وقد كان فى الناس رغبة فى التعليم بطريق
الحسبة وللمتعلمين مروة فى المجازاة بالاحسان من غير شرط اما اليوم فليس لهم عطيات من بيت المال والتعليم
يشغلهم عن اكتساب ما لا بد لهم من امر المعاش وانقطع رغبة المتعلمين فى الاحسان فتجوز الاجارة ويجبر المستأجر
على دفع الاجرة ويحبس له وبه يفتى وكذا يفتى بجواز الاستيجار على تعليم الفقه فى زماننا وفى المضمرات فى الخاصة وفى الاصل
لا يجوز الاستيجار على الطاعات كتعليم القرآن والفقه والادب والتدريس والتذكير والحج والغزو وعند اهل
المدينة يجوز وبه اخذ الشافعى وبه اخذ نصير وعصام وابو نصر وبه كان يفتى الفقيه ابو الليث وفى الكبرى تعليم الفرائض
والحساب والوصايا وغير ذلك بالاجر جائز وفى روضة الزندويستى كان شيخنا ابو محمد عبد الله الخيزاخزى يقول فى زماننا
يجوز للامام والمؤذن والمعلم اخذ الاجرة الكل من التاتارخانية ويجبر المستأجر على دفع ما سمى ويحبس به ويجبر على دفع
الحلوة المرسومة استحسانا الحلوة بفتح الحاء المهملة وهى هدية تهدى الى المعلمين على رؤس بعض سور القرآن سميت
بها لان العادة جرت باهداء الحلاوى ولا تصح اجارة المشاع ثم عدم الصحة عنده يحتمل معنى البطلان حتى لا يجب
بالاستعمال شىء وهو اختيار البعض ويحتمل الفساد حتى يجب اجر المثل وهو الصحيح والفتوى على قوله ذكره فى الحقائق كذا
فى ايضاح ابن كمال وفى الخانية اجارة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم فاسدة فى قول ابى حنيفة وعليه الفتوى وفى
التهذيب اجارة المشاع فاسدة فيما يقسم خلافا لهما والفتوى على قولهما كذا فى التاتارخانية الا من الشريك يعنى
لا يجوز ان يؤجر الرجل نصيبا من داره او من دابته او من عبده او نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك عند ابى
حنيفة وزفر سواء كان النصيب معلوما كالربع ونحوه او مجهولا وعندهما تصح مطلقا لان المشاع له منفعة ولهذا
يجب اجر المثل وما له منفعة يرد عليه عقد الاجارة لانه عقد على المنافع فكان المقتضى موجودا والمانع وهو عدم القدرة
على التسليم منتف لانه ممكن بالتخلية او بالتهايؤ فصار كما اذا اجر من شريكه او من رجلين وصار كالبيع ولابى حنيفة انه
اجر ما لا يقدر على تسليمه لان تسليم المشاع وحده سواء كان محتملا للقسمة كالدار اولا كالعبد غير مقدور فلا تصح اجارته
لعدم الانتفاع به ولا نسلم انتفاء المانع ~~كالعبد غير مقسوم فلا تصح اجارته لعدم الانتفاع به~~ فان عدم القدرة على

التسليم

التسليم يمنع صحة الاجارة والتخلية لم يعتبر تسليما لذاته بل لكونه تمكينا وهو الفعل الذى يحصل به التمكن فكانه اعتبرت
علة وهى وسيلة الى التمكن والتمكن فى المشاع غير حاصل فغاب المعلول فلا معتبر بالعلة بخلاف البيع لان المقصود به ليس
الانتفاع بل الرقبة فان بيع المهر والجحش والارض السبخة جائز وان لم يكن منتفعا به والتهائى من احكام العقد بواسطة
الملك فهو متأخر عن العقد الموجب للملك وهو منتف لانتفاء شرطه وهو القدرة على التسليم وبخلاف ما اذا اجر من
شريكه فان الكل يحدث على ملكه فلا شيوع كذا فى العناية والبدائع وفى العتابية دار بين حاضر وبين مفقود ان
كان مفرزا ينتفع الحاضر بنصيبه ويواجر القاضى نصيب المفقود ويحفظ الاجر وان لم يكن مفرزا فللحاضر ان يسكن جميع
الدار كيلا تخرب كذا فى التاتارخانية وان اجر دارا من رجلين صح اتفاقا لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق
الملك فيما بينهما طار والشيوع الطارى لا يفسد اجماعا كما اذا اجرها كلها ثم تفاسخا فى نصفها او مات احدهما
او استحق بعضها يبقى فى الباقى وفى النصاب والصغرى وطريق جوازها فى المشاع ان يلحقها حكم حاكم ليصير متفقا
او حكم حكم ان تعذر المرافعة الى القاضى او يعقد ابتداء على الكل ثم يفسخ فى نصفه او ربعه بقدر ما اتفق عليه
العاقدان ويجوز استيجار الظئر باجر معلوم والقياس يأبى جوازه اجارة الظئر لانها ترد على استهلاك العين
مقصودا وهو اللبن فهو بمنزلة ما لو استأجر شاة او بقرة مدة معلومة باجرة معلومة ليشرب لبنها لكنا
جوزناه استحسانا لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن وهذا العقد لا يرد على العين وهو اللبن
مقصودا وانما يرد على فعل التربية والحضانة وخدمة الصبى واللبن يدخل فيه تبعا لهذه الاشياء ومثل هذا جائز كما
استأجر صباغا ليصبغ الثوب فانها جائزة فلم يكن الاجارة على استهلاك العين مقصودا وخرج على هذا
فصل البقرة والشاة لان هناك عقد الاجارة يرد على استهلاك العين مقصودا وفى الهداية وقيل
ان العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة والاول اقرب الى الفقه وفى الكافى والصحيح هو الاول وفى التجريد
ولا بد من ان تكون المدة معلومة وفى المحيط واذا جازت هذه الاجارة فينظر ان لم يشترط فيها انها ترضع الصبى
فى منزل الاب ولم يكن العرف فيما بين الناس انها ترضع الصبى فى منزل الاب فلها الخيار ان شاءت
ارضعت الصبى فى منزل الاب وان شاءت ارضعته فى منزلها وان لم يشترط عليها الارضاع فى منزل
الاب لا نصا ولا عرفا فلا يلزمها ذلك وان شرط عليها الارضاع فى منزل الاب ارضعته فى بيت الاب وكذا
بطعامها وكسوتها خلافا لهما يعنى او استأجر الظئر بطعامها وكسوتها ووصف ذلك بالاتفاق وان لم يصف
فالقياس ان لا يجوز وهو قول ابى يوسف ومحمد والشافعى وفى الاستحسان يجوز وهو قول ابى حنيفة
فيجب لها الوسط من الطعام والكسوة لهما ان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استأجرها للخبز والطبخ وله ان العادة
الجارية بالتوسعة على الاظآر شفقة على الاولاد ترفع الجهالة بخلاف مسئلة الخبز والطبخ وغير ذلك فان الجهالة
فيها تفضى الى المنازعة فلا يجوز بطعام الطباخة وكسوتها وفى العتابية وطعام الظئر وكسوتها على الظئر
اذا لم يشترط ذلك فى عقد الاجارة على المستأجر ثم اذا استأجرها بالدراهم فلا بد من بيان قدرها وصفتها
وان استأجرها بكيلى او موزون فلا بد من بيان قدره وصفته وان استأجرها بثياب يشترط فيه جميع
شرائط السلم وفى المضمرات اما اذا كان الثياب معلومة الجنس والطول والعرض والرقعة وضربوا لذلك
اجلا وسمى لها كل يوم دقيق معلوم يجوز بالاجماع وفى الخلاصة الخانية اما فى الكسوة لا بد من بيان الاجل
فان بين الاجل يجوز عند الكل اذا جاز استيجار الظئر يجب عليها غسل الصبى وغسل ثيابه من النجاسة

كالبول والغائط والدرن واصلاح طعامه بالطبخ والمضغ ودهنه لان العمل عليها وفي العناية وليس على الظئر من اعمال
ابوي الصبي شئ الا ان تتبرع ولا يترك الصبي وحيدا لا يجب عليها ثمن شئ منها بل هو اي ثمن ما ذكر واجرها اي اجر الظئر
على من نفقته اي نفقة الصبي عليه ثم الاب ثم الجد اذا لم يكن للصبي مال وان كان له مال فمن ماله وفي المحيط وما يعالج
به الصبيان من الريحان والدهن فهو على الظئر وكان ذلك عرف ديارهم اما في عرف ديارنا ما يعالج به الصبيان على
اهله وفي المضمرات والفتوى على انه ليس عليها الدهن والرياحين الكل من التاتارخانية فان ارضعته في المدة بلبن شاة
او غذته بطعام فلا اجر لها لانها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا ايجار وليس بارضاع فعدم وجوب
الاجر لاختلاف العمل لا لانتفاء اللبن ولهذا لو اوجرت الصبي بلبن الظئر في المدة لم تستحق الاجرة فعلم بهذا ان المعقود عليه
هو الارضاع والعمل دون العين وهو اللبن فان قيل الظئر اجير خاص او مشترك اجيب بانها اجير خاص على ما يدل
عليه لفظ المبسوط قال فيه ولو ضاع الصبي من يدها او وقع فمات او سرق من حلي الصبي او ثيابه شئ لم يضمن الظئر لانها
بمنزلة الاجير الخاص فان العقد ورد على منافعها في المدة الا يرى انه ليس لها ان تؤجر نفسها من غيرها لمثل ذلك العمل
والاجير الخاص امين فيما في يده وفيه نظر لانه قال بمنزلة الاجير الخاص لا عينه وذكر في الذخيرة ما يدل على انه يجوز ان يكون
خاصا ومشتركا فانها لو اجرت نفسها لقوم آخرين لذلك ولم يعلم الاولون فارضعت كل واحد منهما وفرغت
اثمت وهذه جناية منها ولها الاجر كاملا على الفريقين وهذا يدل على انه يحتملهما فقلنا بانها تستحق الاجر عنهما كملا
تشبيها بالاجير المشترك وتأثم بما فعلت نظرا الى الاجير الخاص كذا في العناية وفي المحيط واذا دفع الظئر الصبي الى
خادمتها حتى ارضعته فلها الاجر كملا استحسانا وفي الخانية والاصح انها تستحق الاجر وفي المحيط وهو نظير من استأجر
قصارا ليقصر له ثوبا او خياطا ليخيط له ثوبا ولم يشترط عليه العمل بنفسه فعمل بغيره فانه يستحق الاجر كذا ههنا فاما اذا
شرط عليها الارضاع بنفسها فدفعته الى خادمتها حتى ارضعته هل تستحق الاجر فقد اختلف المشايخ فيه والصحيح انها
لا تستحق الاجر كذا في التاتارخانية ولزوجها وطئها لان الوطء حق الزوج فلا يقدر المستأجر على ابطاله لكن لا يطأها
في بيت المستأجر ولهم اي لزوج الظئر فسخها اي الاجارة ان لم تكن برضاه قال في الكافي للزوج ان يمنع امرأته
عما يوجب خللا في حقه وفي السغناقي ولا سيما في الارضاع والسهر تتعين وذلك ينقص جمالها وجمالها حق الزوج
وكان له ان يمنعها كذا في التاتارخانية سواء كان الزوج ممن يشينه ظؤرة زوجته او لا وهو الاصح لانها ان كانت
ترضعه في بيت ابويه فله ان يمنعها من الخروج عن منزله وان كانت ترضعه في بيته فله ان يمنعها من
ادخال الصبي الغير في منزله كما ان للمستأجر ان يمنع الزوج من غشيانها في منزله لعدم الرضا بالعقد لان المنزل
حقه كذا في العناية ذكر في الاصل مطلقا ان للزوج حق الفسخ قيل هذا اذا كان الزوج ممن يشينه ذلك لشرفه
اما اذا كان الزوج ممن لا يشينه فليس له حق الفسخ في الحالين وهو الصحيح كما ان المرأة اذا كانت من الاشراف
فاجرت نفسها للظؤرة كان للاولياء حق الفسخ لرفع العار عن انفسهم ان كان نكاحه ظاهرا بين الناس
او عليه شهود لا ان اقرت به يعني لا يكون له فسخ الاجارة بمجرد اقرار الظئر لرجل انه زوجها لان العقد قد لزمها وقولها
غير مقبول في حق من استأجرها ولاهل الطفل فسخها ان مرضت الظئر لان المرض عذر او حبلت لان لبن الحامل
يضر الصبي وفي المحيط وليس للظئر ولا للمستأجر ان يفسخ هذه الاجارة الا بعذر كما في سائر الاجارات والعذر
لاهل الصبي ان لا يأخذ لبنها او يتقيأه وكذلك اذا حبلت لان الحبل يفسد اللبن وكذلك اذا مرضت او كانت
سارقة او فاجرة بينة الفجور وفي السغناقي بخلاف ما اذا كانت كافرة لان كفرها في اعتقادها ولا يضر ذلك بالصبي

ولا يبعد

ولا يبعد ان يقال عيب الفجور فوق عيب الكفر الا ترى ان نساء بعض الرسل كانت كافرة كامرأة نوح ولوط عليهما
السلام وفي الخانية واذا ظهرت الظئر كافرة او زانية او مجنونة او حمقاء كان لهم ان يفسخوا الاجارة وفي المحيط
وكذلك اذا كانت سيئة الخلق بذية اللسان والعذر من جانب الظئر ان تمرض مرضا لا تستطيع معها الارضاع
الا بمشقة يلحقها وكذلك اذا حبلت وكذلك اذا اذاها بالسنتهم ولم يكفوا عنها وان كان الصبي قد الفها
ولا يأخذ لبن غيرها وهي لا تعرف بالظؤرة كان لها الفسخ ايضا في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه ليس لها
الفسخ اذا كان يخاف على الصبي من ذلك قال الشيخ شمس الائمة الحلواني والاعتماد على رواية ابي يوسف وتأويل
محمد اذا كان الصبي يعالج بالغداء من الفانيذ والسمن ونحو ذلك مما يعالج به الصبيان او يأخذ لبن الغير بنوع
حيلة اما اذا كان لا يعالج بالغداء ولا يأخذ لبن غيره فجواب محمد كجواب ابي يوسف [illegible]
وعليه الفتوى وفي المضمرات واذا لم يكن للصبي ولا لابيه مال ولا يقبل الصبي ثدي غير الام هل يجبر الام على ارضاعه
ام لا قال الحلواني في ظاهر الرواية لا يجبر عندنا وروى عن ابي حنيفة في النوادر انها تجبر قال قاضيخان وبه يفتى وفي
الاصل اذا استأجر الرجل ظئرا لولده الصغير ثم مات الرجل لا ينتقض اجارة الظئر ثم قال محمد واجرة الظئر في
ميراث الصبي قيل اراد به اجر ما يستقبل من المدة بعد موت الاب اما ما وجب من الاجر حال حيوة الاب يستوفى
من جميع التركة وقيل الكل يستوفى من نصيب الصغير وهو الصحيح وفي الظهيرية وان لم يكن للصغير مال حين
استأجرها الاب ثم اصاب الصغير مالا قال رحمه الله سئل والدي عن هذه المسئلة قال قيل اجر ما مضى على الاب
واجر ما بقي في مال الصغير وفي المحيط واذا استأجر الاب ام الصغير لارضاعه فهو على وجهين فان استأجرها
حال قيام النكاح بها لا نفسها لا يجوز لان ارضاع الصبي حال قيام النكاح واجب عليها ديانة وان لم يكن واجبا
عليها حكما كما لا يجوز استيجار خادمتها وفي الخانية وكذا لا يجوز استيجار مدبرتها وفي المحيط وان استأجرها بمال
الصغير روى ابن سماعة عن محمد انه يجوز وفي الخانية ويكون لها الاجر وبعض المشايخ اخذوا بهذه الرواية وفي المحيط
وهو مشكل على الروايات كلها واما اذا استأجرها بعد الطلاق فان كان الطلاق رجعيا لا يجوز وان كان بائنا ففي
ظاهر الرواية يجوز وروى الحسن عن ابي حنيفة انه لا يجوز هذا اذا استأجرها لارضاع ولده منها فلو استأجرها لارضاع
ولده من غيرها يجوز وكان لها الاجر لان ذلك غير مستحق عليها ولو استأجر الرجل امه او ابنته او اخته لترضع
صبيا له جاز ويجب الاجر وكذلك كل ذات رحم محرم منه الكل من التاتارخانية ولا بأس باستيجار ظئر كافرة والتي
ولدت من فجور لان الكفر والفجور لا يؤثران في اللبن لان لبنهما طاهر لا يضر بالمولود ويكره استيجار الحمقاء لقوله
عليه السلام لا ترضع لكم الحمقاء فان اللبن يفسد والظاهر ان المراد منه غير الام لان الولادة ابلغ من الارضاع
نهى وعلل بالافساد لان حمقها مرض بها عادة ولبن المريضة يضر بالصبي ويحتمل ان النهي عن ذلك لئلا يتعود الصبي
بعادة الحمقاء لان الصبي يتعود بعادة ظئره كذا في البدايع وفسد استيجار حائك لينسج له غزلا بنصفه او حمار
ليحمل عليه طعاما بقفيز منه اي من ذلك الطعام او ثور ليطحن به برا بقفيز من دقيقه اي من دقيق ذلك البر وهذا الاخير
يسمى قفيز الطحان وهو اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات والاولان في معناه والمعنى فيه ان المستأجر
عجز عن الاجرة وهو بعض المنسوج والمطحون لان ذلك انما يحصل بفعل الاجير فلا يكون قادرا بقدرة غيره وكذا لو دفع
ارضا ليغرس فيها اشجارا من عنده بنصفه على ان الارض والاشجار بينهما فان للمدفوع اليه اجر المثل مع نصف
قيمة الاشجار وللدافع الباقي او دفع الى آخر بقرة ليعلف ليكون الحادث بينهما فان الحادث كله لصاحب البقرة

وعليه اجر المثل وثمن العلف فلو باع الصاحب نصفها من المدفوع اليه وابرأه عن الثمن كان الخارج بينهما
الكل نما المحيط كذا فى القهستانى وذكر فى العناية وكذا يفسد اذا استأجر لذبح شاة بدرهم ورطل من لحمها
وفى المحيط والحيلة فى ذلك لمن اراد الجواز ان يشترط صاحب الحنطة قفيزا من الدقيق الجيد ولم يقل من هذه
الحنطة او يشترط ربع هذه الحنطة من الدقيق الجيد لان الدقيق اذا لم يكن مضافا الى حنطة بعينها يجب فى
الذمة والاجر كما يجوز ان يكون عينا مشارا اليه يجوز ان يكون دينا فى الذمة ثم اذا جاز جاز ان يعطيه ربع دقيق
هذه الحنطة ان شاء وان اشترط ان يقال ربع هذه الحنطة من الدقيق الجيد ليكون الاجر معلوم القدر
وفى الخانية وكذا لو استأجر رجلا ليحيى هذا القطن بعشرة امناء من القطن ولم يقل من هذا القطن جاز كذا
فى التاتارخانية ويجب اجر المثل فى الكل لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فكان له اجر المثل لا يجاوز المسمى
لانهما لما فسدت فالواجب الاقل من المسمى ومن اجر المثل لانه رضى بحط الزيادة بخلاف ما اشتركا فى الاحتطاب
حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد لان المسمى وهو نصف الحطب هناك غير معلوم فلم يصح الحط واما عند
ابى يوسف فلا يجاوز باجره نصف ثمن ذلك لانه رضى بنصف المسمى حيث اشترك وهذا اذا احتطب احدهما
وجمع الآخر واما اذا احتطبا جميعا وجمعا جميعا فهما شريكان على السواء كذا فى العناية وفى الخلاصة الخانية
وللحائك اجر مثله لكن لا يجاوز به المسمى الا اذا كان الف رد لجهالة المسمى بان جعل الاجر دابة او ثوبا فيكون للاجير
مثله بالغا ما بلغ كذا فى التاتارخانية وقد عرفت الخلاف فى ذلك وان استأجره ليخبز له اليوم قفيزا بدرهم فسد
عند ابى حنيفة خلافا لهما ذكره فى اجارات المبسوط لانه جعل المعقود عليه العمل حتى اذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر
كاملا وان لم يفرغ فى اليوم فعليه ان يعمله فى الغد لان المقصود هو العمل وهو معلوم فجاز العقد ويجعل ذكر الوقت
للاستعجال وله ان المعقود عليه مجهول لتردده بين امرين كل منهما صالح لذلك لان ذكر الوقت يوجب
كون المنفعة معقودا عليه وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه وليس احدهما اولى من الآخر والجهالة
المفضية الى النزاع تفسد العقد وهذه كذلك لان نفع المستأجر فى الثانى حتى لا يجب عليه الاجر الا بتسليم
العمل ونفع الاجير فى الاول لاستحقاقه بتسليم نفسه وان لم يعمل فان مضى اليوم ولم يفرغ من العمل
جاز ان يطلب الاجير اجره نظرا الى الاول ويمنعه المستأجر نظرا الى الثانى فافضى الى النزاع وجعل ذكر الوقت
للتعجيل تحكم لتفاوت الاغراض فقد يكون للتعجيل وقد يكون لكون المنفعة مطلوبة ولو قال فى اليوم صح اتفاقا لان
فى للظرف والظروف لا يستغرق الظرف فكانه قال ان عملت فى بعض اليوم وذلك يفيد التعجيل فكان العمل هو
المعقود عليه بخلاف قوله اليوم فان المنفعة يستغرق الوقت فيصلح ان يكون معقودا عليه ويلزم الجهالة فان
استأجر ارضا على ان يكربها ويزرعها او يسقيها ويزرعها صح لان الزراعة تستحق بالعقد ولا تتاتى الا
بالكراب والسقى فكانا من مقتضيات العقد فذكرهما لا يوجب الفساد وان استأجرها على ان يثنيها او يكري
انهارها او يسرقنها لا يصح لان المراد بالتثنية ان كان ردها مكروبة فلا شك فى انه لا يقتضيه العقد لان
الزراعة لا تتوقف عليه وان كان المراد به ان يكربها مرتين فيجب ان يكون هذا فى موضع تخرج الارض الريع بالكراب
مرة واحدة والمدة سنة واحدة لانه ان كان فى موضع لا تخرج الارض الا بالكراب مرتين او كانت
تخرج بالكراب مرة الا ان مدة الاجارة كانت ثلاث سنين فانه لا يفسد العقد لان الاول من مقتضياته
والثانى ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء اثره بعد المدة واما كرى الانهار فقال بعضهم المراد بها

الجداول

الجداول لبقاء منفعته فى العام القابل ونفاه صاحب الهداية وقال بل المراد منها الانهار العظام هو الصحيح لانه
تبقى منفعته فى العام القابل دون الاول كذا فى العناية وكذا اذا اشترط عليه ان يسرقنها فان منفعة السرقين ان
بقيت الى العام القابل فالاجارة فاسدة والا فلا وكذا الاستيجار للزراعة بزراعة يعنى لا يصح استيجار ارض للزراعة
بزراعة ارض اخرى وللركوب بركوب دابة اخرى وللسكنى بسكنى دار اخرى وللبس بلبس ثوب آخر
عندنا وقال الشافعى الكل جائز لان المنافع بمنزلة الاعيان عنده ولهذا اذا كان للمستأجر على الموجر دين
فاستأجر منه دارا بذلك الدين فى ذمته جازت ولو لم يكن المنافع بمنزلة الاعيان لكان ذلك دينا بدين
وقد ذكرنا فى اول الاجارة ان الاجرة منفعة وكانت من خلاف جنس المعقود عليه جازت بلا خلاف ثم الكلام
ههنا فرع فى كيفية انعقاد هذا العقد فعندنا ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنفعة فلم تكن كل واحدة
من المنفعتين معينة بل هى معدومة وقت العقد فيتأخر قبض المستأجرين فيتحقق ربوا النساء والجنس بانفراده
يحرم النساء عندنا كاسلام الهروى بالهروى بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة لان الربوا لا يتحقق فى جنسين
وعند الشافعى منافع المدة تجعل موجودة وقت العقد كانها اعيان قائمة فلا يتحقق معنى النسيئة ولو تحقق فالجنس
بانفراده لا يحرم النساء عنده واعلم ان الفقه فى المسئلة ما ذكره الشيخ الامام ابو منصور الماتريدى وهو ان الاجارة
عقد شرع بخلاف القياس لحاجة الناس ولا حاجة عند اتحاد الجنس فبقى على اصل القياس والحاجة تحقق عند
اختلاف الجنس فيجوز ويستوى فى ذلك العبد والامة حتى لو استأجر عبدا يخدمه شهرا بخدمة امة كان فاسدا
لاتحاد جنس المنفعة كذا فى البدايع ولو اعطى البقر واخذ الحمار جاز لاختلاف الجنس كذلك استيجار السكنى بالخدمة
او بالركوب جائز وفى المحيط وفى فتاوى ابى الليث ثم اذا قوبلت المنفعة بمنفعة من جنسها حتى فسد العقد واستوفى
الآخر المنفعة كان عليه اجر المثل فى ظاهر الرواية وعن ابى يوسف لا شئ عليه وفى الكبرى والفتوى على ظاهر الرواية وفى المحيط
ولو كان عبد واحد بين اثنين فتهايا على ان يخدم يوما ولم يخدم الآخر فلا اجر له كذا فى التاتارخانية وان استأجر شريكا او حمارا
لحمل الطعام هو اى الطعام بينهما لا يلزم الاجر يعنى اذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر احدهما صاحبه او حماره
صاحبه على ان يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا اجر له لا المسمى ولا اجر المثل عندنا وقال الشافعى له المسمى لان المنفعة
عين عنده وبيع العين شايعا جائز وصار كما اذا استأجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام المشترك
او عبدا مشتركا ليخيط له الثياب ولنا انه استأجر لعمل لا وجود له لان الحمل فعل حسى لا يتصور فى الشايع اذ الحمل
يقع على معين والشايع ليس بمعين بخلاف البيع لانه تصرف شرعى والتصرف فى الشايع شايع شرعا كبيع احد
الشريكين حصته وبخلاف استيجار الدار المشتركة لان المعقود عليه هناك منافع الدار وتسليمها متحقق بدون
وضع الطعام فيه فانه اذا اسلم البيت ولم يضع فيه الطعام اصلا وجب عليه الاجر وبخلاف العبد فان المستأجر للعبد
المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه والملك امر حكمى يمكن ايقاعه فى الشايع كما فى البيع واذا لم تجز الاجارة لعدم تصور
تسليم المعقود عليه لم يلزم الاجر اصلا كالراهن استأجر الرهن من المرتهن ثم الفرق بين تلك وبين اجارة المشاع
فانها ايضا فاسدة عند ابى حنيفة فان استوفى المنفعة وجب عليه اجر المثل بان هناك تسليم المعقود عليه متعذر على
الوجه الذى اوجبه العقد واذا استوفى المنفعة وجب الاجر واما ههنا فانه متعذر اصلا فلا يجب اصلا وان استأجر
ارضا ولم يذكر ان يزرعها او ذكر انه استأجرها للزراعة لكن لم يبين ما يزرعها لا يصح ذلك الاستيجار لجهالة المعقود
عليه لان الارض كما تستأجر للزراعة تستأجر لغيرها كالبناء والغرس كما مر وكذا ما يزرع فيها مختلف منه ما يضر بالارض

اكثر من غيره كالذرة والارز فان ضررهما اكثر من ضرر الحنطة والشعير وجهالة المعقود عليه يفسد العقد بهذا ان لم
يعمم الموجر في العقد واما اذا عمم فيه بان يقول على ان تزرع ما شئت فيصح لوجود الاذن منه فان استاجرها
بدون الذكر والتبيين والتعميم وزرعها ومضى الاجل عاد العقد صحيحا ووجب له المسمى استحسانا والقياس ان
لا يكون له ذلك وهو قول زفر لانه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا وجه الاستحسان ان الجهالة قد ارتفعت
قبل ارتفاع العقد بفسخ الحاكم بوقوع ما وقع فيها من الزرع لان الاجارة عقد يعقد للاستقبال فاذا
شاهد الزرع في بعض المدة وعرف انه ضار او ليس بضار فقد ارتفعت الجهالة المفضية الى النزاع من ذلك
الوقت وارتفاعها من ذلك الوقت كارتفاعها في حالة العقد لان كل جزء منه بمنزلة ابتدائه وصار كما اذا
استاجر الى الحصاد مثلا ثم اسقط الاجل قبل ان ياخذ الناس بالحصاد وان استاجر حمارا الى مكة ولم يذكر
ما يحمل عليه فحمل عليه المعتاد مما يحمله الناس فنفق اي هلك الحمار في نصف الطريق لا يضمن لان الاجارة وان
كانت فاسدة فالعين المستاجرة امانة في يد المستاجر لان حكم الفاسد انما يوخذ من الجائز اذ لا حكم للفاسد
بنفسه لان مباشره ماثوم بنقضه فلا بد ان يوخذ من الصحيح حكمه وان بلغ مكة فله المسمى استحسانا كالمسئلة
السابقة فانه لما حمل عليه ما يحمله الناس من الحمل فقد تعين الحمل وارتفعت الجهالة فانقلب الى الجواز فوجب المسمى
وان اختصما قبل الزرع والحمل نقضت الاجارة للفساد اي نقضها القاضي دفعا للفساد لانه قائم بعد
فروع قال محمد في الاصل ويكره للرجل ان يستاجر امراة حرة او امة ليستخدمها ويخلو بها وفي النوازل حرة آجرت
نفسها من رجل ذي عيال فلا باس به ولكن يكره ان يخلو بها لما فيه من احتمال الوقوع في الفساد وفي
الكبرى قال القاضي فخر الدين ما ذكر في النوازل تفصيل لما قال في الكتاب وبه يفتى وفي المحيط قال ابو حنيفة اذا
استاجر الرجل امراته لتخدمه كل شهر باجر مسمى لا يجوز كما لو استاجرها للعمل في اعمال البيت من الخبز والطبخ وارضاع ولده
منها وفي الخانية ولا يكون لها الاجر في ذلك ولو استاجرها لتغسل ثيابه قال رضه ينبغي ان يكون لها الاجر كخياطة الثوب
كذا في التاتارخانية قال في البدائع ولو استاجر امراته لخدمة كل شهر باجر مسمى لم يجز لان خدمة [illegible] البيت عليها فيما بينها
وبين الله تعالى لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم الاعمال بين علي وفاطمة رضي الله عنهما فجعل ما كان داخل
البيت على فاطمة وما كان خارج البيت على علي فكان ذلك استيجارا على عمل واجب فلم يجز ولانها ينتفع بخدمة
البيت والاستيجار على عمل ينتفع به الاجير غير جائز انتهى وفي المحيط ولو استاجرت امراة زوجها ليخدمها او ليرعى
غنمها قال هو جائز هكذا ذكر في ظاهر الرواية وفي الكبرى ولو خدمها فله الاجر قال القاضي فخر الدين وبه يفتى وفي المحيط
واتفقت الروايات ان الاب اذا اجر نفسه للخدمة من ابنه لا يجوز حتى كان له ان يفسخ من غير قضاء ولا رضاء واتفقت
الروايات في الزوج والاب اذا خدما انهما يستحقان المسمى ولو استاجر الرجل ابنه للخدمة والمراة ابنها للخدمة
لم يجز واذا خدمه فلا اجر له الا اذا كان الابن عبدا للغير ومكاتبا للغير فاستاجره احدهما من المولى ليخدمه يجوز
الاستيجار للخدمة فيما بين الاخوة وسائر القرابات ومن مشايخنا من قال اذا استاجر عمه للخدمة والعم اكبر
او اخاه الاكبر للخدمة لا يجوز ويكره للمسلم ان يواجر نفسه من الكافر للخدمة ويجوز اذا فعل كذا في التاتارخانية
فصل لما فرغ من بيان انواع الاجارة شرع في بيان احكامها وهي الضمان الاجير المشترك من يعمل لا لواحد
واحد كالخياطة ونحوه او يعمل لواحد عملا غير موقت فانه اذا استاجر رجلا وحده للخياطة او يخبز في بيته غير مقيد
بيوم او يومين كان اجيرا مشتركا وان لم يعمل لغيره او موقتا بلا تخصيص فانه اذا استاجر رجلا ليرعى غنمه شهرا بدرهم

فهو اجير

فهو اجير مشترك الا ان يقول ولا ترعى غنم غيري فحينئذ يصير اجيرا وحدا كما في الدرر ولا يستحق الاجر حتى يعمل كالاجيرة
للمدة فيه كالصباغ والقصار والحمال والملاح والحائك والاسكاف والخياط والنداف والجزاز والبزاع
والراعي والحجام والحمامي والبناء والحفار وذلك لان الاجارة عقد معاوضة فيقتضي المساواة بين العوضين
فما لم يسلم المعقود عليه للمستاجر وهو العمل لا يسلم للاجير العوض وهو الاجر والمتاع في يده امانة ولهذا لا يضمن ان
هلك اي ضاع بلا تعد عند ابي حنيفة وهو قول زفر والحسن سواء هلك بسبب يمكن التحرز عنه اولا وان للوصل
شرط ضمانه على الاجير وقال الفقيه ابو بكر انه يضمن حينئذ والى الاول مال الفقيهان ابو جعفر وابو الليث وعليه الفتوى
كما في الذخيرة كذا في القهستاني وبه يفتى ذكر في الخانية والمحيط والتتمة ان الفتوى في الاجير المشترك على قول ابي حنيفة
شرط عليه الضمان او لم يشرط وعندهما يضمن اذا هلك ان امكن التحرز عنه كالغصب والسرقة في التبيين وبقولهما
يفتي الامام لتغير احوال الناس وبه يحصل صيانة اموال الناس كذا في ايضاح ابن كمال لهما ما روي عن عمر وعلي انهما
كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكن العمل الا به واذا هلك المتاع في يده بسبب يمكن
الاحتراز عنه كان التقصير من جهته فيضمن كالوديعة اذا كانت باجر وله ان العين في يده امانة لان القبض حصل
باذنه ولهذا لو هلكت في يده لا يمكن التحرز عنه لم يضمنه ولو كان العين في يده مضمونا لضمنه كما في المغصوب
ثم قال في النهاية ولاجل اختلاف الصحابة اختار المتاخرون الفتوى بالصلح على النصف فكان في القول بالصلح
على النصف عمل باقوال الصحابة بقدر الامكان انتهى قال ابن البزازي معناه عمل في كل نصف بقول حيث حط
النصف واوجب النصف انتهى فكانه اراد بالصلح مجازه وهو الحط وفي فتاوى قاضي خان الفتوى على قول ابي حنيفة
كذا في حاشية سعدي چلبي شرح اكمل العناية وفي الابانة اخذ الفقيه ابو الليث في هذه المسئلة بقول ابي حنيفة
وبه افتى وفي المزارعة والمعاملة الفتوى على قول ابي [illegible] يوسف ومحمد لمكان الضرورة والبلوى وفي اجارة المتاع
على قول ابي حنيفة وفي المحيط الراعي المشترك اذا خلط الاغنام بعضها ببعض فان كان يمكنه التمييز بان كان يعرف
غنم كل واحد فلا ضمان عليه والقول قول الراعي في تعيين الغنم لكل واحد وان كان لا يمكنه التمييز بان كان يقول لا اعرف
كل واحد فهو ضامن قيمة الاغنام والقول قول الراعي في مقدار القيمة ويعتبر قيمة الاغنام يوم الخلط وهذا على قول ابي
حنيفة لا يشكل وعلى قولهما اختلف المشايخ بعضهم قالوا يعتبر القيمة يوم القبض وقال بعضهم يوم الخلط وهو الصحيح
واذا خاف الراعي على شاة منها فذبحها فهو ضامن قيمتها يوم ذبحها قال مشايخ بلخ هذا اذا كان يرجى حيوتها وموتها
اما اذا تيقن بموتها فلا ضمان عليه وذكر الصدر الشهيد في الباب الاول من شركة واقعاته ان من ذبح شاة
لا يرجى حيوتها يضمن والبقار والراعي لا يضمن في مثل هذا فرق بين الاجنبي وبين الراعي والفقيه ابو الليث
سوى بينهما فقال لا يضمن الاجنبي كما لا يضمن الراعي والبقار لوجود الاذن بالذبح دلالة في حق الكل في هذه الحالة
وهو الصحيح وكذلك الجواب في البعير لان الذبح في هذه المواضع لاصلاح اللحم فاما في الحمار فلا يذبح فكذلك في
البغل والفرس لا يذبح ايضا عند ابي حنيفة لان الصحيح من مذهبه ان لحم الفرس مكروه كراهة تحريم وفي النصاب
الراعي والبقار اذا خاف هلاك شاة او بقرة فذبحها ذكر في الاصل انه يضمن ويذكر في النوادر انه لا يضمن استحسانا
وعليه الفتوى وفي الخانية المختار للفتوى انه يضمن في الثانية اي في الاجنبي ولا يضمن في الاولى ولو قال صاحب الغنم ذبحها
وهي حية وقال الراعي لا بل ذبحتها وهي ميتة كان القول قول الراعي الكل من التاتارخانية بخلاف ما لا يمكن التحرز
عنه كالموت والحريق الغالب والعدو المكابر فان الاجير المشترك لا يضمن فيه اجماعا لعدم التقصير من جهته

ويضمن المشترك ما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري وغرق
السفينة بفتح الراء من مدها وقال زفر والشافعي لا ضمان عليه لانه امره بالفعل مطلقا اي استأجره مثلا ليدق الثوب
ولم يزد على ذلك ما يدل على السلامة والمطلق ينتظم الفعل بنوعيه السليم والمعيب عملا بالاطلاق فصار كالاجير
الوحد ومعين القصار ولنا ان الداخل تحت الامر ما هو الداخل تحت العقد وتحته هو العمل المصلح لانه الوسيلة
الى الاثر الحاصل في العين من فعله الذي هو المعقود عليه في الحقيقة لكونه هو المقصود حتى لو حصل ذلك بفعل غير الاجير
وجب الاجر فكان الامر مقيدا بالسلامة فلم يكن المفسد مأمورا به بخلاف معين القصار لانه متبرع فلا يمكن تقييد
عمله بالمصلح لانه يمتنع من التبرع وبخلاف اجير الوحد كما سيأتي قال في المحيط ثم اذا وجب الضمان على الاجير المشترك
بما جنت يده عند علمائنا الثلاثة كان المستأجر بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوبه غير معمول ولا اجر له وان شاء ضمنه
قيمة ثوبه معمولا وعليه اجر المثل وفي المضمرات ثم اذا ضمن عندهما ان كان الهلاك قبل العمل ضمن قيمته غير معمول
ولا اجر فيه وان هلك بعد العمل فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته معمولا ويعطيه اجرته وفي شرح الطحاوي
يضمن مخيطا وفيه الاجرة من العمل كذا في التاتارخانية لكن لا يضمن به بني آدم ممن غرق في السفينة او سقط
من الدابة وان كان يسوقه ويقوده لان الواجب ضمان الآدمي وضمان الآدمي لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية
ولهذا يجب على العاقلة والعاقلة لا تتحمل ضمان العقد ولا يضمن به فصاد وبزاغ لم يجاوز الموضع المعتاد
فيما عطب من ذلك لان الهلاك ليس بمقارن وانما هو بالسراية بعد تسليم العمل والتحرز عن السراية غير ممكن
لانها تبتني على قوة الطباع وضعفها في تحمل الالم وما هو كذلك مجهول والاحتراز عن المجهول غير مقدور فلم يمكن
التقييد بالمصلح من العمل لئلا يتقاعد الناس عنه مع مساس الحاجة بخلاف ما تقدم من دق الثوب ونحوه لان الهلاك
مقارن بالدق قبل ان يخرج العمل من ضمان القصار والتحرز عنه ممكن لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد
فامكن القول بالتقييد فان قلت ان الحجام اذا حجم العبد باذن مولاه وتجاوز المعتاد وجب عليه الضمان لكن لم
يعلم منها قدر الضمان على تقدير الحيوة والموت اجيب بان ذلك بحسب قدر التجاوز حتى ان الختان اذا ختن
فقطع الحشفة ان برئ ضمن كمال الدية وان مات فعليه نصف بدل النفس فان قيل هذا مخالف لجميع مسائل
الديات فانه كلما ازداد اثر الجناية انتقص ضمانه اجيب بان محمدا قال في النوادر انه لما برئ كان عليه ضمان الحشفة
وهي عضو مقصود لا ثاني له في النفس فيتقدر بدله ببدل النفس كما في قطع اللسان واما اذا مات فقد حصل تلف
النفس بفعلين احدهما مأذون فيه وهو قطع الجلدة والآخر غير مأذون فيه وهو قطع الحشفة فكان ضامنا نصف
بدل النفس ولو انكسر دن في طريق الفرات يعني لو استأجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق
فانكسر قيد بطريق الفرات لان الدنان كانت تباع هناك فللمالك ان يضمنه في مكان حمله وحينئذ لا
اجر له او في مكان كسره وحينئذ له الاجر بحسابه اما الضمان فلما قلنا انه اجير مشترك وقد تلف المتاع
بصنعه كما في تخريق الثياب بالدق فان السقوط بالعثار او بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنعه والداخل
تحت العقد عمل سليم والمفسد غير داخل واما الخيار فلان القياس يقتضي ان لا يخير عند ابي حنيفة بل
يضمنه قيمته في المكان الذي انكسر فيه لان المال عنده امانة في يد الاجير المشترك واذا كان امانة وجب
ان لا يضمن قيمته في المكان الذي حمل منه فلا تنافي اذ الكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين انه وقع تعديا
من الابتداء من هذا الوجه ومن حيث ان ابتداء الحمل حصل باذنه لم يكن تعديا وانما التعدي عند الكسر

فيختار

فيختار اي الجهتين شاء فان اختار الوجه الثاني فله الاجر بقدر ما استوفى من العمل وان اختار الوجه الاول
فلا اجر له لانه ما استوفى اصلا كذا في العناية والاجير الخاص من يعمل لواحد عملا موقتا بالتخصيص كذا في الغرر
لان منافعه صارت مستحقة للمستأجر طول المدة ما لم يمنع من العمل مانع كالمرض والمطر ونحو ذلك مما يمنع التمكن من
العمل فلا يمكنه صرفها الى غيره فلذا سمي خاصا ويسمى اجير وحد ايضا ويستحق الاجر بتسليم نفسه مدته وان لم يعمل
لان الاجر مقابل بالمنافع قال في الهداية والاجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل انتهى بخلاف
الاجير المشترك فانه روي عن محمد في خياط خاط ثوب رجل باجر ففتقه رجل قبل ان يقبضه رب الثوب فلا اجر
للخياط لانه لم يسلم العمل فانه لو اجبر عليه اجبر بحكم العقد الذي جرى بينهما وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل وان كان
الخياط هو الذي فتق فعليه ان يعيد العمل وههنا لان الخياط لما فتق الثوب فقد نقض عمله وصار كان لم يكن
بخلاف ما اذا فتقه اجنبي لان بفتق الاجنبي لا يمكن ان يجعل كان الخياط لم يعمل اصلا ولو كان اجيرا خاصا
فنقضه استحق الاجر كذا في العناية كمن استوجر للخدمة سنة او لرعي الغنم انما ذكر العمل لصرف المنفعة المستحقة الى
تلك الجهة ومنافعه صارت مستوفاة بالتسليم تقديرا حيث فوتها على المستأجر فاستحق الاجرة اعلم ان الاجير
للخدمة او لرعي الغنم انما يكون اجيرا خاصا اذا شرط عليه ان لا يخدم غيره ولا يرعى لغيره او ذكر المدة اولا نحو ان يستأجر
راعيا شهرا ليرعى له غنما مسماة باجر معلوم فانه اجير خاص باول الكلام فلا يتغير حكمه باخر الكلام بقوله ليرعى الغنم
ولا يصير اجيرا مشتركا الا باحد امرين احدهما النص على خلافه بان يقول على ان ترعى غنم غيري مع غنمي وثانيهما
بتأخير المدة بان استأجره ليرعى غنما مسماة له باجر معلوم شهرا كذا في الدرر ولا يضمن ما تلف في يده بان سرق
منه او غاب او غصب او تلف بعمله بان انكسر القدوم في عمله او تخرق الثوب من دقه اذا لم يتعمد الفساد فان تعمد
ذلك ضمن كالمودع اذا تعدى اما الاول فهو اذا تلف في يده فلان العين امانة في يده لحصول القبض باذنه
وهو ظاهر عنده وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما صيانة لاموال الناس لانه
يقبل اعمالا كثيرة رغبة في كثرة الاجر وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فيضمن حتى لا يقصر في حفظها ولا يأخذ
الا ما يقدر على حفظه والاجير الوحد لا يقبل العمل بل يسلم نفسه فتكون السلامة غالبة فيؤخذ بالقياس واما
الثاني وهو ما اذا تلف من عمله فلان المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر بتسليم النفس صح تصرفه فيها والامر
بالتصرف فيها فاذا امره بالتصرف في ملكه صح ويصير الاجير نائبا منابه فصار فعله منقولا اليه كانه فعله بنفسه
فلهذا لا يضمنه وصح ترديد الاجر بين تعيين مختلفين واي عمل وجد لزم ما سمي له نحو ان يقول للخياط ان خطته
اي هذا الثوب فارسيا فبدرهم او خطته روميا فبدرهمين وان يقول للصباغ ان صبغته بعصفر
فبدرهم او بزعفران فبدرهمين وان يقول لمستأجر الدار ان سكنت هذه الدار فبدرهم في الشهر
او هذه الدار فبدرهمين وان يقول لمستأجر الدابة ان ركبتها الى الكوفة فبدرهم او الى واسط
فبدرهمين وكذا يصح لو ردد الاجر بين ثلاثة لا اي لا يصح ترديده بين اربعة والمعتبر في جميع ذلك
البيع والجامع دفع الحاجة غير انه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجر انما يجب
بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فيتحقق الجهالة ولا يرتفع المنازعة الا
باثبات الخيار ولو قال ان خطته اليوم فبدرهم او غدا فبنصفه فخاطه اليوم فله الدرهم لان الشرط الاول صحيح وان
خاطه غدا فله اجر المثل لا يجاوز نصف درهم لان الشرط الثاني فاسد ههنا عنده وقالا الشرطان جائزان

وقال نفران شرطان فاسدان لان العمل الواحد قوبل ببدلين على البدل وذلك يفضي الى الجهالة المفضية الى
النزاع فصار كانه قال خطه بدرهم او نصف درهم والجواب ان الجهالة تزول بوقوع العمل ولهما ان ذكر العمل
للتأقيت لانه حقيقة فيه فكان قوله ان خطته اليوم فبدرهم مقتصرا على اليوم فبانقضاء اليوم لا يبقى العقد الى الغد
وذكر الغد للاضافة الى وقت الاستقبال فلم يكن العقد ثابتا في الحال فلا يجتمع في كل يوم تسميتان ولابي
حنيفة ان ذكر الغد للاضافة حقيقة وامكن العمل بها فلا يصار الى المجاز فلا يجتمع تسميتان في اليوم ولا يمكن حمل
اليوم على الحقيقة التي هي التأقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل فعدلنا الى المجاز الذي هو التعجيل
وح يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب اجر المثل ثم اذا وجب
اجر المثل اختلف الرواية عن ابي حنيفة اذا خاطه في اليوم الثاني روى عنه ان له في اليوم الثاني اجر مثله لا يجاوز به
نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني قال القدوري هو الصحيح وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص
من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فيعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع
النقصان فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتأخير
الى الغد فبالزيادة الى ما بعد الغد اولى واما عندهما فالصحيح انه ينقص من نصف درهم ولا يزاد عليه كذا في الغاية
اختلف الروايات عن ابي ح في ذلك روي عنه انه لا يزاد على الدرهم ولا ينقص عن نصف الدرهم وروي عنه رواية
اخرى انه لا يجاوز به نصف درهم وينقص عن نصف درهم اذا كان اجر مثله اقل من نصف درهم وفي الكبرى وهو
الصحيح عن ابي حنيفة وفي المحيط واختلف الروايات عنهما ايضا قال القدوري في شرحه والصحيح عندهما انه ينقص عن
نصف درهم ولا يزاد عليه كذا في التاتارخانية ولو قال ان سكنت هذا الحانوت عطارا فبدرهم او حدادا
فبدرهمين جاز عنده خلافا لهما وكذا الخلاف لو قال ان ذهبت بهذه الدابة الى الحيرة فبدرهم وان جاوزت بها
الى القادسية فبدرهمين او قال ان حملت عليها الى الحيرة كر شعير فبدرهم وان حملت عليها كر بر فبدرهمين لهما
ان المعقود عليه احد الشيئين وهو مجهول وكذا الاجر احد الشيئين وهو مجهول والجهالة الواحدة توجب الفساد
فكيف الجهالتان وله انه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما في مسئلة الرومية والفارسية وكونهما
مختلفين لان سكناه بنفسه يخالف اسكانه الحداد الا يرى ان اسكان الحداد لا يدخل في مطلق العقد وكذا في
اخواتها ولا يسافر بعبد استأجره للخدمة بلا اشتراطه لان خدمة السفر تشتمل على زيادة مشقة لا محالة فلا ينتظمها
الاطلاق وفي المحيط ولو استأجر عبدا ليخدمه كل شهر باجر مسمى فله ان يستخدمه من السحر الى ما بعد العشاء الاخيرة
والقياس ان يكون له استخدامه آناء الليل والنهار من الشهر كله وله ان يخرج الى اهله في القرى وافنية الدار
وليس له ان يسافر بالعبد المستأجر للخدمة وله ان يكلفه ما هو من انواع الخدمة وفي تجنيس خواهرزاده من غسل
ثوب وخبز وعلف دابة واستقاء من البئر وفي العتابية وحلب شاته ولا يكلفه الخياطة ولا ما اشبهها وان
كان يحسنه لانه ليس من الخدمة وله ان يؤاجره من غيره للخدمة وفي المحيط وطعام العبد على صاحبه وليس على المستأجر
من ذلك شيء واذا نزل بالمستأجر ضيفان فعلى العبد المستأجر ان يخدمهم وان تزوج المستأجر امرأة بعد
ما استأجر العبد فعليه ان يخدم المستأجر والمرأة ايضا وفي الظهيرية رجل استأجر عبدا او دابة على ان يكون
علفها على المستأجر ذكر في الكتاب انه لا يجوز قال الفقيه ابو الليث في الدابة يأخذ بقول المتقدمين اما في زماننا
فالعبد يأكل من مال المستأجر عادة وفي المحيط واذا استأجر من آخر عبدا او دابة وشرط على المستأجر

طعام العبد

طعام العبد او علف الدابة لم يجز قال نفقة المستأجر على الآجر سواء كانت الاجرة عينا او كانت منفعة حتى ان من
استأجر دابة الى بغداد بسكنى بيت شهرا كان علف الدابة ونفقة العبد على الآجر قال وتطيين الدار واصلاح
بئر الماء وبئر البالوعة والمخرج على رب الدار دون المستأجر وان كان امتلاؤه من فعل المستأجر ولا يجبر على ذلك ولكن
للمستأجر ان يخرج اذا لم يعمل وان لا يرضى بذلك وان كان استأجرها وهي كذلك وراها فلا خيار له وفي التوضيح
وان امتنع عن اصلاح ذلك يصير عذرا في فسخ الاجارة وفي الخانية وان فعل المستأجر يكون متبرعا فلا يحتسب من الاجر
الكل من التاتارخانية ولو استأجر عبدا محجورا فعمل واخذ الاجر لا يسترده الآجر منه استحسانا وفي القياس له ذلك
لانه يقتضي ان لا تصح الاجارة لانعدام اذن المولى وقياس الحجر فيصير المستأجر غاصبا بالاستعمال ولا اجر على الغاصب
فصار كما اذا هلك العبد فانه يجب للمولى قيمته دون الاجر وجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ
سالما ضار على اعتبار الهلاك بالاستعمال والنافع مأذون فيه كقبول الهبة واذا جاز الدفع لم يكن له ان
يسترده منه ولو آجر العبد المغصوب نفسه فاكل الغاصب اجره لا يضمنه عنده خلافا لهما قالا انه ضامن لانه اكل
مال المالك بغير اذنه اذ الاجارة صحت على ما مر من وجه الاستحسان وله ان الضمان انما يجب باتلاف مال محرز
لان التقوم بالاحراز وهذا المال غير محرز في حق الغاصب اذ العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده وهذا
لان الاحراز انما يكون بيد المالك او بيد نائبه ويد الغاصب ليست بهما ويد العبد كذلك لانه في يد الغاصب
وما وجده سيده من اجر العبد قائما اخذه لانه وجد عين ماله وقبض العبد اجره صحيح في قولهم جميعا لانه مأذون
له في التصرف على اعتبار الفراغ واذا كان مأذونا وهو العاقد رجع الحقوق اليه فكان له القبض وفائدته تظهر
في حق خروج المستأجر عن عهدة الاجرة فانه يحصل بالاداء اليه ووضع المسئلة فيما اذا آجر العبد المغصوب نفسه
فاذا آجره الغاصب كان الاجر له لا للمالك ولا ضمان عليه بالاتفاق وان آجره المولى فليس للعبد ان يقبض الاجرة
الا بوكالة للمولى لانه العاقد ولو آجر عبده هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة صح ذلك على الترتيب
ولهذا يكون الشهر الاول باربعة لانه المذكور اولا والمذكور اولا ينصرف الى ما يلي العقد تحريا بالجواز وذلك لانه
لما قال شهرا باربعة على سبيل التنكير كان مجهولا والاجارة تفسد بالجهالة فصرفناه الى ما يلي العقد تحريا للجواز كما لو
قال استأجرتك منك بهذا العبد شهرا او سكت فانه ينصرف الى ما يلي العقد ونظرا الى تنجيز الحاجة فان الانسان
انما يستأجر الشيء لحاجة تدعوه الى ذلك والظاهر وقوعها عند العقد ولو استأجر عبدا فابق او مرض فادعى المستأجر
وجوده اي الاباق او المرض اول المدة وادعى المولى وجوده قبل الاجارة بالاباق او المرض بساعة حكم اي جعل
الحال حكما فان كان العبد الذي المستأجر الذي ادعى انه ابق حاضرا او العبد الذي ادعى انه مريض صحيحا صدق المولى
فيحكم بانه كذلك من اول المدة فيجب الاجر والا اي وان لم يكن كذلك بل كان آبقا او مريضا في الحال فالمستأجر اي
فيصدق المستأجر فيحكم انه كذلك من اول المدة فلا يجب الاجر وكذا الاختلاف في انقطاع ماء الرحى وجريانه وتحقيق
ذلك ان الموجب للاستحقاق هو العقد مع تسليم العبد او الرحى اليه في المدة ولكن تعارض كلاهما في اعتراض
ما يوجب السقوط فجعل الحال مرجحا لكلام الموجر لا موجبا للاستحقاق فهو في الحقيقة دافعة لاستحقاق السقوط
بعد الثبوت لا موجبة فلا يرد ان الحال يصلح للدفع لا للاستحقاق فكيف بها ولو قال رب الثوب امرتك
ان تصبغه احمر فصبغته اصفر وقال الصانع امرتني بما صنعت صدق رب الثوب وكذا الاختلاف في القميص
والقباء فاذا اختلف المتعاقدان في الاجارة في نوع المعقود عليه كالحمرة والصفرة في لون الصبغ او القباء

والقميص في الخياطة فالقول قول من يستفاد منه الاجر وهو صاحب الثوب عندعلمائنا لانه لو انكر اصل الاذن
كان القول له فكذا اذا انكر صفته لكن بعد اليمين لانه انكر مالو اقر به لزمه فان حلف فهو بالخيار ان شاء ضمن
الصانع قيمة ثوبه غير معمول اي غير مصبوغ في الاول وغير مخيط في الثانية ولا اجر وان شاء اخذ الثوب واعطاه
اجر مثله لا يجاوز به المسمى في ظاهر الرواية وفي رواية ابن سماعة عن محمد يضمنه ما زاد الصبغ فيه لان الصباغ
بمنزلة الغاصب والحكم في الغصب كذلك وجه ظاهر الرواية وهو الاصح ان الصبغ آلة للعمل والمستحق على الصباغ
بمنزلة الحرض والصابون في عمل الغسال فلا يصير صاحب الثوب مشتريا للصبغ حتى يعتبر القيمة عند فساد السبب
وان قال رب الثوب عملت لي بلا اجر وقال الصانع بل عملتك باجر فالقول لرب الثوب عند ابي حنيفة رح
لانه ينكر تقوم عمله بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول للمنكر وعند ابي يوسف القول للصانع ان
كان حريفا له اي حليفا له وذلك بان تكررت تلك المعاملة بينهما باجر فله الاجر والا فلا لان سبق ما بينهما يعين
جهة الطلب باجر جريا على معتادهما وعند محمد القول للصانع ان كان معروفا بعمله بالاجر لانه لما فتح الحانوت
لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله ابو حنيفة لانه منكر وما ذكراه من الاستحسان
مدفوع بان الظاهر يصلح للدفع والحاجة ههنا الى الاستحقاق لا للدفع كذا في العناية قال الزيلعي والفتوى على قول محمد ذكره
الشيخ الامام المحبوبي سقى الله ثراه في شرح الجامع الصغير كذا في حاشية سعدي حلبي قال في الاختيار وقال محمد ان اتخذ حانوتا
وانتصب لعمل هذه الصناعة فله الاجر والا فلا وعليه الفتوى لانه دليل على العمل بالاجرة والمعروف كالمشروط انتهى

باب فسخ الاجارة

تأخير هذا الباب عما قبله ظاهر لان الفسخ يعقب العقد تفسخ الاجارة بعيب فوت
النفع الذي وقعت لاجله فاذا استأجر دارا للسكنى فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ وكذا اذا استأجر
عبدا للخدمة فذهبت كلتا عينيه واما اذا كان عيبا لا يضر كحائط سقط لم يكن محتاجا اليه في السكنى او ذهبت احدى
عيني العبد فلا يفسخ لان المعقود عليه وهو المنافع توجد شيئا فشيئا وكان ما كان كذلك فكل جزء منه بمنزلة الابتداء
فكان العيب حادثا قبل القبض وذلك يوجب الخيار كما في البيع وعلى هذا لا فرق بين ان يكون العيب حادثا بعد قبض
المستأجر او قبله لان الذي حدث بعد قبضه كان قبل قبض المعقود عليه وهو المنافع كخراب الدار وانقطاع ماء الارض
او الرحى هذا قول بعض اصحابنا وصحح هذا القائل النقل بما ذكر في كتاب البيوع ولو سقطت الدار كلها فله ان يخرج
سواء كان صاحب الدار شاهدا او غائبا وفيه اشارة الى ان عقد الاجارة ينفسخ بانهدام الدار لانه لو انفسخ
العقد لشرط حضرة صاحب الدار لانه رد بعيب وهو لا يصح الا بحضرة المالك بالاجماع ومن اصحابنا من قال ان العقد
لا ينفسخ وصحح النقل بما روى هشام عن محمد فيمن استأجر دارا فانهدم فبناه الموجر ليس للمستأجر ان يمتنع
ولا للموجر كذا في العناية ثم وجه انفساخ العقد بما ذكر فوات المعقود عليه وهو المنفعة قبل القبض لما بينا انها تحدث شيئا
فشيئا فصار كموت العبد المستأجر وقيل لا ينفسخ قالوا وهو الاصح كذا في الاختيار وقال في المحيط واشارات
الكتب متعارضة في بعضها يشير الى انها تنفسخ بنفس العذر وبه اخذ بعض المشايخ وفي عامتها يشير الى انها
تحتاج فيه الى الفسخ وعليه عامة المشايخ وهو الصحيح كذا في التاتارخانية ولا يشترط فيه القضاء والرضاء فينفرد به
المستأجر ولو بعد القبض كما في العمادية ولا يشترط حضور المالك كما في المضمرات وذكر في الصغرى انه شرط بالاجماع
كذا في القهستاني او اخل به اي بالنفع كمرض العبد ودبر الدابة بالفتح جرح ظهرها او خفها وكذا اذا عرجت الدابة وانهدام بعض
البناء فان امثال هذه العيوب لا يفوت الانتفاع بالكلية بل يخل به بحيث يجوز ان ينتفع به في الجملة فله الخيار ولو
بالمعقود عليه صح

رضي

فلو رضي بالعيب واستوفى المنفعة بان انتفع به معيبا او ازال الموجر عيبه قبل الاستيفاء سقط خياره فيلزمه
جميع البدل لانه رضي بالمعقود عليه مع العيب وسقط خيار الفسخ لزوال سببه وتفسخ الاجارة بالعذر عندنا
خلافا للثالث فعنده لا وهذا الاختلاف مبني على ما مر مرارا ان المنافع عنده بمنزلة الاعيان فكانت كالبيع والبيع لا يفسخ بالعذر
فكذا الاجارة ولنا ان المنافع غير مقبوضة فصار كالعيب قبل القبض في البيع فينفسخ به وهو اي العذر المجوز للفسخ
العجز عن المضي على موجب العقد الا بتحمل ضرر غير مستحق به اي بالعقد الا صل فيه مبني تحقق عجز العاقد عن المضي في
موجب الا بضرر يلحقه وهو لم يرض به يكون عذرا تفسخ به الاجارة دفعا للضرر وهل يشترط للفسخ قضاء
القاضي ذكر في الزيادات ان كان عذرا فيه شبهة كالدين يشترط له القضاء وان كان واضحا لا وذكر في المبسوط
والجامع الصغير انه ليس بشرط وينفرد العاقد به وهو الصحيح لانه في معنى العيب قبل القبض وذلك كقلع سن
اشتكى ثم سكن وجعه بعد ما استوجر له اي لقلعه او ليقطع يده لاكلة سقطت الاكلة وطبخ وليمة ماتت عرسها بعد
الاستيجار للطبخ لها او اختلعت فانه تفسخ الاجارة وهذه حجة على قول من يقول انها لا تفسخ بالعذر كذا
في الاختيار وقال في العناية والثالث فعني مجوج بما اذا استأجر رجلا ليقلع ضرسه لوجع ثم زال الوجع او استأجر
انا ليتخذ وليمة العرس فماتت العرس او استأجر رجلا ليقطع يده لاكلة وقعت بها ثم برئت فانه لا يجبر
المستأجر على قلع الضرس واعادة الوليمة وقطع اليد لا محالة لان في المضي عليها الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهذا
هو معنى العذر عندنا انتهى كذا في الاختيار وقال في المحيط ثم اذا احتيج الى الفسخ على ما عليه اشارات عامة الكتب
ينفرد صاحب العذر بالفسخ او يحتاج فيه الى قضاء القاضي او رضاء العاقد الآخر ذكر في الزيادات انه يشترط
القضاء او الرضاء واشار في الجامع الصغير وفي الاصل الى انه لا يشترط القضاء والرضاء وفي الخلاصة الخانية
وجه ما ذكر في الزيادات هو الصحيح ومنهم من قال في المسئلة روايتان وفي الخانية والصحيح ان العذر ان كان ظاهرا
ينفرد وان كان مشتبها لا ينفرد وفي الذخيرة وصحح شيخ الاسلام الرواية المطلقة وصحح شمس الائمة الحلواني في مسئلة الدين
رواية الزيادات وهكذا ذكر فخر الاسلام ان في الدين يفتى برواية الزيادات وفيما عدا الدين يفتى بعامة الروايات
وفي الخلاصة ثم في فسخ الاجارة في ايام الفسخ لا يشترط حضرة صاحبه ولا علم وفي شروط الحاكم السمرقندي قيل هذا
قول ابي يوسف هو المختار في فسخ الاجارة وكذا لو استأجر دكانا ليتجر فذهب ماله وافلس او اجر شيئا فلزمه
دين لا يجد قضاءه الا من ثمن ما اجره ولو للوصل باقراره اي ولو كان لزوم الدين على الموجر باقراره فقط فكذلك
عند ابي حنيفة واما عندهما فالدين الثابت بعد عقدها بالاقرار لا تفسخ به لانه متهم في هذا الاقرار وله ان الظاهر
ان الانسان لا يقر بالدين على نفسه كاذبا ثم هذا العذر من جانب المواجر بناء على ان بيع المواجر لا ينفذ عندنا من
غير اجازة المستأجر خلافا للثالث فعني فاذا لم يجز البيع مع عقد الاجارة جعل الدين عذرا في فسخها دفعا للضرر والحبس انتهى
او استأجر عبدا للخدمة في المصر او للخدمة مطلقا فسافر وقيل فان قال الموجر لا يريد السفر لكنه يريد فسخ الاجارة
واقر المستأجر على دعوى السفر فالقاضي يسأله عمن يسافر معه فان قال فلان وفلان فالقاضي يسألهم ان فلانا
هل يخرج معكم ام لا فان قالوا نعم ثبت العذر والا فلا وقيل ينظر القاضي الى زيه وثيابه فان كانت ثيابه
ثياب السفر يجعله مسافرا والا فلا وقيل اذا انكر الموجر السفر فالقول قوله وقيل يحلف القاضي المستأجر بالله انك
عزمت على السفر والكيه مال الكرخي والقدوري كذا في العناية او اكترى اي استأجر دابة للسفر ثم بدا له ظهر اي
له فيه رأي منعه عن السفر فان له ان يفسخ الاجارة لانه يلزمه الضرر بالمضي على العقد لانه ربما اراد التجارة فافلس

قال في البدائع ولو ثبت الدين بعد عقد الاجارة بالاقرار صح

او لطلب غريم فحضر او آبق فعاد او سفر حج فخرج وقته فلو مضى على ذلك لزمه ضرر زائد ولو بدا للمكاري منه اى لو ظهر للموجر رأى يمنعه عن المضى فليس ذلك بعذر له لانه يمكنه ان يبعث دابته مع تلميذه او اجيره فلا يتضرر فحاصل الفرق بينهما ان العقد من طرف المكتري تابع لمصلحة السفر فربما يفوت تلك المصلحة فلا يمكن الزامه لاجل الاكتراء ومن طرف المكاري ليس كذلك فبداؤه بداء من العقد مقصدا فلا اعتبار له ولو مرض المكاري فهو عذر فى رواية الكرخي لانه لا يخلو عن نوع ضرر فيعذر حالة الاضطرار لا حالة الاختيار ذكره فى الاختيار وقال القهستاني لو مرض المكاري كان عذرا وعليه الفتوى انتهى دون رواية الاصل وقال فى البدايع قال ابو يوسف اذا مرض الموجر او اصابه ابل داء فلا ان يفسخ اذا كانت بعينها اما اذا اصاب الابل داء فلان استعمال الدابة مع ما بها من الداء اجحاف بها وفيه ضرر بصاحبها لا يستحق بالعقد فيثبت له حق الفسخ وكذا المستأجر لان المنافع تنقص بمرض الابل فكان ذلك عيبا فيها واما اذا مرض الجمال فظاهر رواية الاصل يقتضي ان لا يكون عذرا لان امر المرض فى المنع من الخروج وخروج الجمال بنفسه مع الجمال غير مستحق بالعقد واما وجه رواية ابى يوسف وهو الفرق بين مرض الجمال وبين تعوده ان الجمال يقوم على جماله بنفسه فاذا مرض لا يقوم غيره مقامه الا بضرر وليس كذلك اذا بدا له الخروج لانه يقدر على الخروج فاذا ترك باختياره كان عليه ان يقيم غيره مقامه انتهى ولو استأجر خياطا يعمل لنفسه عبدا لخيط له فافلس الخياط فهو عذر لما مر من دفع لزوم الضرر بخلاف خياط بالاجر يعني بخلاف خياط استأجر عبدا ليس له مال ويعمل بالاجر فان رأس ماله ابرة ومقراض فلا يتحقق العذر فى حقه ولو ظهر خيانته فامتنع الناس عن تسليم الثياب اليه كان عذرا كلحوق الدين ذكره فى المحيط وبخلاف تركه الخياطة ليعمل فى الصرف يعني بخلاف من استأجر عبدا ليعمل له فى الخياطة فتركها وانتقل الى عمل الصرف مثلا فانه ليس بعذر اذ يمكنه ان يقعد الغلام للخياطة فى ناحية ويعمل هو بنفسه فى الصرف فى ناحية وبخلاف بيع ما اجره قال فى الجامع الصغير من اجر عبده ثم باعه فليس بعذر انتهى لكن لما ان بيع بعد ما اجر اختلف الفاظ الرواية قال شمس الائمة الصحيح من الروايات ان البيع موقوف على سقوط حق المستأجر وليس للمستأجر ان يفسخ البيع واليه مال الصدر الشهيد ذكره فى العناية والبيع بلا اذنه نافذ فى حق الموجر والمشترى فلا يجدد البيع بعد فسخ الاجارة وهو الصحيح كما فى المحيط ذكره القهستاني ولو استأجر دكانا للعمل الخياطة فتركه لعمل آخر فعذر وكذا اذا اراد المستأجر ان ينتقل من الحرفة الى الزراعة او من الزراعة الى التجارة لان الانتقال من عمل لا يكون الا للاعراض عن الاول ورغبته عنه فان منعناه عن الانتقال اضررنا به وان ابقينا بعد الانتقال لالزمناه الاجرة من غير استيفاء المنفعة وفيه ضرر به ولو اراد ان ينتقل من حانوت الى حانوت آخر ليعمل ذلك العمل بعينه فى الثانى لما انه ارخص واوسع عليه لم يكن ذلك عذرا لانه يمكنه استيفاء المنفعة من الاول من غير ضرر وانما يطلب زيادة المنفعة وقد رضى بالقدر الموجود فيهما من الاول كذا فى البدايع وكذا لو استأجر عقارا ثم اراد السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر او الزام الاجر بدون السكنى وذلك ضرر بخلاف ما اذا اجر العقار ثم سافر لانه لا ضرر اذ المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة بعد غيبته ذكره فى الهداية وتنفسخ الاجارة بنفسها بلا حاجة الى فسخ احد بموت احد العاقدين عقدها لنفسه لانه لو بقى العقد صارت المنفعة المملوكة به او الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز لان الانتقال من المورث لا يتصور فى المنفعة والاجرة المملوكة لان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على المنافع فلو قلنا بالانتقال كان ذلك قولا بانتقال ما لم يملكه المورث الى الوارث فان عقدها لغيره فلا تنفسخ كالوكيل والوصى ومتولى

الوقف

يتوقف لانعدام صيرورة المنفعة لغير العاقد مستحقة بالعقد فانه فى الابتداء كان واقعا لغير العاقد وبقى بعد الموت كذلك وتنقض بما اذا استأجر دابة الى مكان معين فمات صاحب الدابة فى وسط الطريق فان للمستأجر ان يركبها الى المكان المسمى بالاجر فقد عقد لنفسه ولم ينفسخ العقد واجيب بان ذلك للضرورة فانه يخاف على نفسه وماله حيث لا يجد دابة اخرى فى وسط المفازة ولا يكون ثمة قاض يرفع الامر فيستأجر الدابة منه حتى قال بعض مشايخنا ان وجد دابة اخرى يحمل عليها متاعه تنتقض الاجارة وكذا لو كانت فى موضع فيه قاض تنتقض الاجارة لانه لا ضرورة الى ابقاء مع وجود ما ينافي البقاء وهو موت الآجر واذا ثبتت الضرورة كان عدم الانفساخ بالاستحسان الضرورى والمستحسن لا يؤذن نقضا على القياس كتطهير الحياض والاوانى كذا فى العناية مسائل منثورة قد مر وجه ذكر هذه المسائل المنثورة ومسائل شتى فى آخر كتاب الحج والبيوع ولو احرق حصائد ارض يقال حصد الزرع اى جزه والحصائد جمع حصيد وحصيدة وهما الزرع المحصود والمراد بها هنا ما يبقى من اصول القصب المحصود فى الارض مستأجرة او مستعارة يعني لو استأجر ارضا او استعارها فاحرق الحصائد فاحترق شئ فى ارض غيره لا يضمن لانه غير متعد فى هذا السبب فاشبه حافر البئر فى دار نفسه قيل هذا ان كانت الريح هادئة قال فى النهاية بالنون من هدن اى سكن وفى نسخة هادية من هدأ اى سكن يعني ان كانت الريح ساكنة ثم اشتدت وان كانت مضطربة يضمن لان موقد النار يعلم انها لا تستقر فى ارضه ولو اقعد خياط او صباغ فى حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف صح يعني اذا كان للخياط او الصباغ دكان معروف وهو رجل مشهور عند الناس وله جاه ولكنه غير حاذق فاقعد فى دكانه رجلا حاذقا ليتقبل صاحب العمل من الناس فيعمل الحاذق وجعلا ما يحصل من الاجرة نصفين جاز استحسانا وفى القياس لا يجوز لان رأس مال لدكان المنفعة وهى لا تصلح رأس مال الشركة واليه مال الطحاوي ووجه الاستحسان ان هذه شركة الصنايع وليست باجارة لان تفسير شركة الصنايع ان يكون العمل عليهما وان كان احدهما يتولى العمل لحذاقته والآخر يتولى القبول بوجاهته واذا وجدنا له سبيلا الى الجواز وهو متعارف وجب القول بصحته فيكون العمل واجبا عليهما والقبول جائزا لهما اذ ليس فى كل منهما الا تخصيص احدهما بالتقبل والآخر بالعمل وتخصيص الشئ بالذكر لا يدل على نفي ما وراءه فامكننا اثبات الشركة والتقبل والعمل اقتضاء ذكره الزيلعي وكذا لو استأجر جملا ليحمل عليه محملا وراكبين الى مكة وله المحمل المعتاد فى المحيط اذا استأجر ابلا الى مكة ليحمل عليها فيه رجلان وما يصلحهما من الوطاء والدثر وقد رأى المكاري الرجلين ولم ير الوطاء والدثر فهو فاسد لجهالة المحمول وفى الاستحسان يجوز وينصرف ذلك الى ما يحتاج اليه مثلهما فى طريق مكة وكذا اذا استأجر زاملة ليحمل عليها كذا وكذا من الدقيق والسويق وما يصلحهما من الزيت والخل وما اشبههما ولم يبين شيئا واذا استأجر حمارا ليحمل عليه الحنطة ولم يعين مقدارها ولا اشار اليها ذكر شيخ الاسلام انه لا يجوز وذكر شمس الائمة الحلواني انه يجوز وينصرف الى المعتاد وهذا القول اشبه بمسئلة المحمل والزاملة وفى الغياثية وعليه الفتوى كذا فى التاتارخانية وان شاهد الجمال اى صاحب الجمل المحمل فهو اجود لانه انفى للجهالة واقرب الى تحقق الرضا وان استأجره لحمل مقدار زاد عليه فاكل منه فى الطريق منه اى من هذا الزاد فله رد عوضه لانه استحق عليه حملا مسمى فى جميع الطريق فله ان يستوفيه وكذا غير الزاد من الكيل والموزون لا يقال مطلق العقد ينصرف الى المتعارف ومن عادة المسافرين انهم يأكلون من الزاد ولا يردون شيئا مكانه لانا نقول العرف مشترك فان رد الزاد معتاد عند البعض كرد الماء والعرف المشترك لا يصلح مقيدا فلا مانع من العمل بالاطلاق وهو انهما اطلقا العقد على حمل قدر معلوم ولم يقيدا برد قدر ما نقص من المحمول فوجب جواز رد قدر ما نقص عملا بالاطلاق وعدم

الا نع ولو قال للغاصب دارہ فرغها والا اى وان لم تفرغ الدار فاجرها كل شهر كذا فلم يفرغ فعليه اى على الغاصب الاجر المسمى لانه اذا عين الاجرة والغاصب رضى بها ظاهرا انعقد بينهما عقد اجارة فان جحد الغاصب ملكه او لم يجحد ملكه ولكن قال لا اريدها بالاجر فلا اجر عليه لانتفاء الرضى بالاجارة وان للوصل برهن صاحب الدار على ملكه بعد جحده لانه لما جحد ملكه ولم يكن ملتزما بالاجارة فاقامة البينة بعد ذلك لا يجدى ومن اجر ما استاجره باكثر مما استاجره به يتصدق بالفضل يعنى من استاجر دارا مثلا سنة بعشرة دراهم فاخذها بعد يوم فاجرها سنة الا يوما بعشرين يتصدق بعشرة عندنا لانه ربح ما لم يقبضه وعند الشافعى يطيب له الفضل لان المنفعة مقبوضة حكما فصارت ربح ما قبض هذا اذا كانت الاجرة الثانية من جنس الاول فلو لم يكن من جنسها طاب له الفضل اتفاقا ذكره فى شرح المجمع نقلا عن الطحاوى وتصح الاجارة مضافة اى الى الزمان المستقبل مثل ان يقول الموجر فى ذى الحجة للمستاجر آجرتك هذه الدار بكذا من هذا المحرم الى سنة لان الاجارة تنعقد ساعة فساعة فلو اراد نقض هذه الاجارة قبل مجئ ذلك الوقت لم يجز فلو عجل بالاجرة يملكه فى رواية جاز ولم يملكه بالتعجيل والفتوى على الاول ولو باع قبل ذلك صح البيع وعليه الفتوى ولو علق وقال فى وسط الشهر اذا جاء راس شهر كذا فقد اجرتك لم يجز كما قال ابو القاسم الصفار وذهب ابو الليث وابو بكر الاسكاف انه جاز الكل فى قاضى خان والفرق ان الاضافة تنعقد سببا بخلاف التعليق الا ترى انه لو قال لله على ان اتصدق بدرهم غدا فعجله جاز ولو قال ان فعلت كذا فعلى ان اتصدق بدرهم لم يجز وكذا يصح بالاجماع فسخها كما اذا قال فسختك هذه الاجارة راس الشهر الآتى ولو قال اذا جاء راسه فقد فسختك لم يجز وقال السرخسى جاز والفتوى على الاول كما فى قاضى خان وعن صاحب المحيط انه لا يصح اجماعا كما فى العمادى والمزارعة كما اذا قال دفعت اليك هذه الارض للزراعة بعد شهر من هذا الوقت والمعاملة كما اذا قال دفعت اليك هذه الاشجار للعمل فيها بعد شهر من هذا الوقت والمضاربة كما اذا دفع عشرة دراهم الى فلان وقال بعد ما صارت العشرة عشرين اعمل به مضاربة بالنصف فانه لم يصر مضاربا الا عند صيرورتها عشرين درهما والوكالة كما اذا قال بع عبدى غدا فانه يصير وكيلا فى الغد فلا يصح تصرفه قبل الغد واختلف فى العزل قبله وصح الرجوع اجماعا بشرط علم الوكيل كما فى العمادى والكفالة بان قال كفلت بنفس ذلك غدا والايصاء وهو جعل الغير وصيا والوصية والقضاء والامارة اى تفويضهما كما اذا قال الوالى لزيد كن قاضيا او اميرا فى بلد كذا غدا واما التحكيم فلا يصح مضافا وعليه الفتوى كما فى الخلاصة والطلاق والعتاق والوقف كما اذا قال ارضى هذه موقوفة غدا ويصح العارية والاذن فى التجارة مضافين كما فى العمادى ولم يصح تعليق كل منهما وقد صح تعليق المزارعة والمساقاة كما فى النهاية وينبغى ان لا يصح فسخ كل منها غير الاجارة مضافا لا يصح البيع مضافا كما اذا قال بعتك عبدى غدا واجارته اى البيع اذا عقد فضولى كما اذا قال اجزت البيع غدا وفسخه اى البيع ولو بيعا جائزا فلو قال احد العاقدين فسخت البيع بعد مضى ستة اشهر لم يصح الفسخ كما فى العمادى والقسمة فلم يصح اقتسمت غدا هذه الدار على كذا وعلى هذا الشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال بخلاف الصلح على غير المال كدم عمد وابراء الدين اى عن الدين كما اذا قال ابراتك غدا عما لى عليك فلا يصح العفو عن القصاص مضافا كما فى العمادى وصح تعليق كل منها مضافا كما فى النهاية الكل من القهستانى كتاب المكاتب قال فى النهاية اورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعتاق يعنى ان قوله بمقابلة ما ليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العوض وقوله بطريق الاصالة

خرج به

وفى خزانة الفقه ولو قال المولى اذا اديت الى الفا فانت حر ولا ينقض على المجلس وهاهنا ... للمكاتب الا فى ... الوارث ... عتق والثانى المال الى المولى ... فضل ... والرابع لو ادى ... الفضل له والخامس ... لا يعتق ... لو صالحه على الاقل ... والسابع ... لا يعتق والمكاتب يعتق ... لو مات العبد قبل الاداء ... بخلاف المكاتب ... لمولاه

خرج به النكاح والطلاق والعتاق على مال فان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصالة وقدم الاجارة لشبهها بالبيع من حيث التمليك والشرائط الكتابة عقد بين المولى وعبده بلفظ الكتابة او ما يؤدى معناه من كل وجه فقوله عقد يخرج تعليق العتق على مال فان المراد ما يحتاج الى ايجاب وقبول فان التعليق يتم بالمولى كذا فى النهاية واما الاعتاق على مال فانه وان كان عقدا لاحتياجه الى الايجاب والقبول لكنه خرج بقوله بلفظ الكتابة او ما يؤدى معناه والفرق بينهما من حيث المعنى ان المكاتب بالعجز يعود رقيقا دون المعتق على مال وسببها ما مر غير مرة من تعلق البقاء المقدر وشرطها قيام الرق فى المحل وكون المسمى مالا معلوما قدره وجنسه وحكمها فى جانب العبد انفكاك الحجر فى الحال وثبوت ملك اليد حتى يكون المكاتب احق بمكاسبه وثبوت الحرية اذا ادى بدل الكتابة وفى جانب المولى ثبوت ولاية مطالبة البدل فى الحال ان كان حالا والملك فى البدل اذا قبضه الكل فى العناية وبهذا عرفت ان قول المصنف الكتابة تحرير المملوك يدا يعنى ازالة المولى عن نفسه ملك اليد وتمليكه الى عبده او متعلق بالحال اى فى زمان العقد فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر وغيرها وان منعه المولى عن ذلك وتحرير المملوك رقبة اى ذاتا فانها كناية عن مجموع ذات الانسان تسمية للكل باسم الجزء فى المآل اى فى وقت اداء كل بدل الكتابة انسب لان يجعل حكم الكتابة وقد اقتفى المصنف صاحب الكنز فيما اتى من العبارة قال ابن كمال الكتابة فى الشرع عقد بين المولى وقنه ويكون من المولى رقبته ومن العبد العوض سمى به لان كلا منهما كتب على نفسه الاداء فى هذا الوفاء كذا فى الحقايق واما ما ذكر من اعتاق المملوك يدا حالا ورقبة مآلا فاثر يترتب عليه ولا يلزمه لان اعتاق رقبته ايضا قد يوجد حالا كما اذا ادى البدل حالا انتهى الكتابة مستحبة مندوبة قال الله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا والمراد الندب لان الايجاب غير مراد باجماع الفقهاء ولو حملناه على الجواز يلزم ترك العمل بالشرط لانها جائزة بدونه بالاجماع فقوله تعالى ان علمتم فيهم خيرا خرج مخرج العادة او نقول الا ان علم فيه خيرا فالافضل ان لا يكاتبه وعلى جوازها الاجماع كذا فى الاختيار وشروح الهداية ويدل على جوازها احاديث وسيأتى بعضها وذكر فى الخانية الكتابة مستحبة لمن علم فيه خيرا اى علم المولى امانته ورشده فى التجارة وقدرته على الاكتساب وفى شرح الطحاوى قال بعضهم اراد بالخير اقامة الصلوة واداء الفرائض وقال بعضهم اراد انه بعد العتق لا يضر بالمسلمين فان كان يضر بهم فالافضل ان لا يكاتبه ومع هذا لو فعل جاز لان ذلك ليس على سبيل الشرط وانما هو على سبيل الندب كذا فى التاتارخانية فمن كاتب مملوكه قنا او مدبرا او ام ولد فلو كان المملوك صغيرا يعقل بان يعرف ان البيع سالب والشراء جالب كما فى الكرمانى وزاد فى المضمرات ويعرف الغبن اليسير من الفاحش ذكره فى القهستانى ثم عندنا انما يجوز كتابة العبد الصغير الذى يعقل لتحقق الركن منه وهو الايجاب والقبول اذ العاقل من اهل القبول والتصرف نافع فى حقه ولا حجر بالنسبة الى النافع وخالف الشافعى فيه وهذا الخلاف منه مبنى على مسئلة اذن الصبى فى التجارة فانه لا يجوزه لانه ليس من اهل التصرف فلا يصح الاذن له وعندنا هو من اهل التصرف اذا عقل العقد ونقصان رأيه ينجبر برأى الولى والتصرف نافع فيصح الاذن بخلاف ما اذا كان لا يعقل العقد لان القبول لا يتحقق منه والعقد لا ينعقد بدونه فلا يصير مكاتبا حتى لو ادى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع كذا فى العناية بمال معلوم صالح للمهر برضاهما كما فى النظم واما الكتابة على عين لغيره كالمكيل والموزون والمذروع فالاظهر الفساد كما فى قاضى خان حال او منجم اى حل عليه الدين حلولا اى وجب ولزم كما فى المغرب كذا فى القهستانى وقال الشافعى لا يجوز حالا ولا بد من نجمين لانه عاجز عن التسليم فى قليل من الزمان لخروجه عن يد مولاه مفلسا ولم يكن قبل العقد اهلا للملك للمال والعاجز عن التسليم لا بد له من اجل يقدر به على البدل ولنا ما تلونا من قوله تعالى فكاتبوهم من غير شرط التنجيم ومؤجل اى

مجهول للاجل وهو المدة المضروبة للشيء كما في المفردات ولو كان الاجل مجهولا كالحصاد جاز الكتابة او منجم اي مفرق في الاداء
فان العرب تسمي المفرق منجما كما في التهذيب وقال الراغب اصل النجم الكوكب الطالع ويقال نجمت عليه اذا وزعته
كانك فرضت ان تدفعه عند كل طلوع نجم نصيبا ثم صار متعارفا في تقدير الدفع بما قدرته كذا في القهستاني فقبل
المملوك ذلك اشترط القبول من العبد لانه مال يلزمه فلا يلزمه التزامه صح لما تلونا وللاجماع ولكن لا يعتق الا باداء كل البدل
عند جمهور الفقهاء وقد قال عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم فاعلم ان في عتق المكاتب اختلاف الصحابة
فعند علي رضه يعتق بقدر ما ادى وعند ابن عباس رضه يعتق بنفس العقد ويكون المال دينا عليه وعند ابن مسعود
رضه يعتق اذا ادى قيمة نفسها اذا كان بدل الكتابة اكثر من قيمة العبد يعتق اذا ادى قدر القيمة وكانت الزيادة
دينا عليه وعن ابن عمر رضه اذا ادى النصف عتق وعند زيد بن ثابت رضه بما ذكرنا وهو المختار ذكره في العناية وفي
المضمرات والصحيح قولنا لقوله عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ذكره في التاتارخانية ثم اذا ادى كل البدل
يعتق وان لم يقل المولى عند العقد اذا اديتها فانت حر بل اقتصر على قوله كاتبتك على الف درهم وهذا مذهبنا
وقال الشافعي لا يعتق ما لم يقل كاتبتك على كذا على انك اذا اديته الي فانت حر لان الكتابة ضم نجم فلو نص على ذلك
وقال ضربت عليك الفا على ان تؤديها الي في كل شهر كذا لم يعتق فكذا هذا ولنا ان موجب العقد يثبت من غير تصريح
به وموجبه ههنا ضم حرية اليد الحاصل في الحال الى حرية الرقبة عند اداء البدل فيثبت وان لم يصرح بكونه موجبه
ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع وقال الشافعي يستحق عليه حط ربع البدل وهو قول عثمان رضه لظاهر
قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم فان الامر المطلق للوجوب والجواب ان لا دلالة في الآية على ذلك لانه قال
من مال الله وهو يطلق على اموال القرب كالصدقات والزكوات فكان الله امرنا ان نعطي المكاتبين من صدقاتنا
ليستعينوا به على اداء بدل الكتابة والمأمور به الايتاء وهو الاعطاء والحط لا يسمى اعطاء والمال الذي آتانا الله
هو ما في ايدينا لا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين فحمله على حط ربع بدل الكتابة عمل بلا دليل ثم كذا لو كاتب بغير لفظ
الكتابة بان قال جعلت عليك الفا تؤديه نجوما اي في اوقات اولها اي اول النجوم كذا اي خمسمائة مثلا وآخرها
كذا اي خمسمائة فان اديته فانت حر لان المجموع يفيد فائدة لفظ الكتابة فان قوله جعلت عليك كذا تؤديه
نجوما يحتمل الكتابة ومعنى الضريبة ولا يتعين جهة الكتابة ما لم يقل فاذا اديت فانت حر واما قوله وان عجزت فقن
فليس بلازم وانما ذكره لحث العبد على اداء المال عند النجوم اذ الكتابة بدونه صحيحة ولو قال اذا اديت الي الفا
كل شهر مائة فانت حر فهو تعليق في رواية ابي حفص قال فخر الاسلام وهو الاصح اعتبارا بما لو قال اذا اديت الي
الفا في هذا الشهر فانت حر فانه لا يكون كتابة والتنجيم ليس من خواص الكتابة حتى يجعل تفسيرا لها لانه يدخل في
ساير الديون وقد يخلو الكتابة عنه وقيل هو مكاتبة وهو رواية ابي سليمان لان التنجيم يدل على الوجوب
لانه يستعمل للتيسير وذلك في المال ولا يجب المال الا بالكتابة لان المولى لا يستوجب على عبده دينا الا بالكتابة
كذا في العناية وذكر في الينابيع فان عجز عن شهر فادى في شهر آخر جاز في رواية ابي سليمان وفي رواية ابي حفص
ليس بكتابة فان عجز عن شهر بطل كذا في التاتارخانية واذا صحت الكتابة لخلوها عن المفسد بعد تحقق المقتضي
خرج المكاتب عن يد المولى لتحقق معنى الكتابة لغة وهو الضم فينضم مالكية يده الحاصلة في الحال الى مالكية
نفسه التي تحصل عند الاداء دون ملكه لما روينا من قوله عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ثم فرع على
خروجه عن يد المولى بقوله فان اتلف المولى ماله اي مال المكاتب ضمن لان الكتابة له فيكون المولى فيه كالاجنبي

ولانه

ولانه لو لم يضمنه لتسلط على اتلافه فلا يقدر على اداء بدل الكتابة فلا يحصل المقصود بالعقد وكذا ان وطئ المولى المكاتبة
فعليه عقرها لانه من اجزائها وهي اخص بها تحقيقا للمقصود وهو وصولها الى الاداء وكذا لو وطئت بشبهة ثم العقر
مقدار مهر المثل للمكاتبة او مقدار بدل اجارتها للوطء لو كان الاستيجار مباحا والفتوى على الاول كما في استيلاد
المضمرات كذا في القهستاني وقال صاحب التسهيل ولو شرط وطئها في العقد لا يضمن العقر انتهى وفي غاية البيان
في اوائل باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله ما يخالفه فراجعه كذا في حاشية سعدي چلبي على الاكمل او جنى المولى عليها
او على ولدها لما عرفت انها صارت اخص باجزائها فيلزم موجب الجناية عليه لها فروع في الخانية ولا يجب على المولى
صدقة فطره والمكاتبة اذا تزوجت باذن المولى ثم عتقت كان لها خيار العتق واحكام المكاتبة في النكاح والعدة
احكام القنة واذا مات المكاتب عن وفاء فقذفه انسان لا يحد قاذفه ويجب عليه نفقة زوجته دون ولده
كالعبد الا ان يكون ولده من امته والمكاتبة تستحق النفقة على زوجها وان لم يبوئها المولى وان كاتبه على قيمته فسد
لان قيمة العبد مجهولة جهالة فاحشة لجهالة القدر والجنس والوصف فان اداها اي قيمته عتق لانه هو البدل وامكن
اعتبار معنى عقد الكتابة في القيمة لاستحقاق المسلم تسليمهما اذا تعرف القيمة قالوا تعرف بتصادقهما على ان ما ادى
قيمته فيثبت كون المؤدى قيمته بتصادقهما لان الحق فيما بينهما لا يعدوهما فصار كضمان الغصب والبيع الفاسد
وان اختلفا يرجع الى تقويم المقومين فان اتفق الاثنان منهم على شيء جعل ذلك قيمة له وان اختلفا لا يعتق ما لم
يؤد اقصى القيمتين لان شرط العتق لا يثبت الا بيقين وفي شرح الطحاوي والفرق بين الجائز والفاسد ان في
الفاسد للمولى ان يرده الى الرق ويفسخ الكتابة بغير رضا العبد وفي الجائز لا يفسخ الا برضاه وللعبد ان يفسخ
في الفاسد والجائز جميعا بغير رضا المولى وفي الولوالجية وما كان يعتق باداءه الى المولى في الفاسدة يعتق باداءه
الى الورثة بعد موت المولى كذا في التاتارخانية وكذا فسد لو كاتبه على عين لغيره بان قال كاتبتك على هذا العبد
وهو لغيره هذا في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة في رواية الحسن تجوز حتى اذا ملكه وسلمه يعتق وان عجز يرد في الرق
لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهومة فاشبه ما اذا تزوج امرأة على عبد غيره فان التسمية صحيحة حتى لو لم
يجز المالك رجعت على الزوج بقيمة العبد لا بمهر المثل ولو فسدت رجعت به وجه الظاهر ان العين في المعاوضات
معقود عليه مقصودا والقدرة عليه شرط الصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كالبيع وههنا لا يقدر العبد على تسليم
بخلاف الصداق في النكاح لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل ليس بشرط فعلى ما هو تابع
وهو الصداق اولى ثم لو اجاز صاحب العين ذلك فعن محمد انه يجوز لان البيع يجوز عند الاجازة بان اشترى شيئا
بمال الغير فاجاز صاحب المال جاز فالكتابة اولى لان مبناها على المسامحة وعن ابي حنيفة انه لا يجوز اعتبارا بحال عدم
الاجازة تتعين تلك العين بالتعيين احتراز عن دراهم الغير ودنانيره فانه لو قال كاتبتك على هذه الالف من الدراهم
وهي لغيره جاز لانها لا تتعين في المعاوضات فيتعلق بدراهم في الذمة او على مائة ويرد عليه عبد غير معين يعني
لو كاتبه على مائة من الدراهم او الدنانير على ان يرد المولى عليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند ابي حنيفة ومحمد
وعند ابي يوسف يجوز وتقسم المائة على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط فيسقط منها قسط العبد الوسط ويكون
الباقي بدل الكتابة لان العبد المطلق يصلح بدلا للكتابة وينصرف الى الوسط وهذا بالاتفاق وكل ما صلح بدلا
صلح مستثنى من البدل هو الاصل في ابدال العقود ولا بالموجب لهذا الاصل مسلم ولكن فيما صح الاستثناء
واستثناء العبد عينه من الدراهم غير صحيح وانما يصح باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدلا لتفاحش الجهالة من حيث الجنس

والقدر والوصف وان كاتب المسلم عبده بخمر او خنزير فسدت لانهما ليسا بمال متقوم في حقه فهو لا يستحقه فكان عقدا بلا بدل فان ادى العبد الخمر او الخنزير عتق والكتابة على ميتة او دم باطلة والفرق بين المسئلتين ان الخمر والخنزير مال في الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق عند اداء البدل المشروط بخلاف الميتة وكذا الدم فانها ليست بمال اصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيها فاعتبر فيها معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه ولم يوجد فلا يعتق باداء المسمى في الباطلة وتجب القيمة في الكتابة الفاسدة يعني اذا عتق العبد باداء عين الخمر لزمه ان يسعى في قيمته لانه وجب رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر الرد بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع ولا تنقص القيمة عن المسمى وتزاد عليه فتجب بالغة ما بلغت لانه عقد فاسد فيجب القيمة عند هلاك البدل بالغة ما بلغت لان المولى ما رضي بالنقصان سواء كان في المسمى او في القيمة لانه يخرج ملكه في مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان لان بعدم الاخراج يبقى ملكه على ما كان فلا يفوت له شيء والعبد رضي بالزيادة سواء كان في القيمة او في المسمى كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فانه اذا لم يرض بها يمتنع المولى عن العقد فيفوت له ادراك شرف الحرية وصحت الكتابة على حيوان ذكر جنسه كالعبد والفرس لا وصفه كالجيد والردي ولا نوعه كالرومي والهندي ولزم الوسط من ذلك الجنس او قيمته اي الوسط وقدره ابو حنيفة في العبد بما قيمته اربعون درهما وقالا هو على قدر غلاء السعر ورخصه ولا ينظر في قيمة الوسط الى قيمة المكاتب لان عقد الكتابة عقد ارفاق فالظاهر ان يكون البدل على اقل من قيمة المكاتب وانما ينصرف الى الوسط لان الاصل في الحيوان المجهول اذا ثبت في الذمة ان ينصرف الى الوسط كما في الزكوة والدية وفيه نظر للجانبين ويجبر على قبول القيمة لانه قضاء في معنى الاداء على ما عرف في الاصول لانها اصل من حيث ان البدل يعرف بها فصار كانه اتى بعين المسمى وانما صح العقد مع جهالة البدل لانها يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة لان مبناها على المسامحة فيعتبر بجهالة الاجل حتى لو كان كاتبتك الى الحصاد او الى الدياس او القطاف صحت الكتابة بخلاف ما اذا لم يبين جنسه كان يقول كاتبتك على دابة او ثوب حيث لم تجز الكتابة لانها تشتمل اجناسا وكذا الثوب وصح كتابة كافر عبده الكافر بخمر مقدر لان الخمر في حق الكفار كالخل في حقنا واي منهما اسلم فللسيد قيمتها اي الخمر لان المسلم ممنوع من تمليك الخمر وتملكها وفي التسليم تمليك الخمر لان العوض ان الخمر غير معينة فلم يثبت الملك فيها بنفس العقد بل بالتسليم بخلاف ما اذا كانت معينة فان الملك يثبت فيها بمجرد عقد الكتابة والتسليم نقل من يد الى يد والمسلم غير ممنوع من نقل اليد كما اذا غصب المسلم من الذمي خمرا ثم اسلم الذمي فانه لا يمنع من استرداد خمره من يد الغاصب فاذا كان ممنوعا من التسليم فقد عجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمتها واما اذا تبايع الذميان خمرا ثم اسلم احدهما فعند بعض المشايخ يفسخ البيع للعجز عن تسليم البدل وعند البعض ينبغي ان يكون كالكتابة وعتق باداء عينها لما ان الخمر مال في الجملة وقال الاتقاني وذكر التمرتاشي انه لو ادى الخمر لا يعتق فكان في العتق باداء الخمر روايتان كذا في العناية

باب تصرف المكاتب

لما ذكر احكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز له ان يبيع ويشتري ويسافر وان للوصل شرط المولى عدمه استحسانا لانه شرط مخالف لمقتضى عقد الكتابة لان مقتضاه مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص من منفعه ومنافعه لحصول ما هو المقصود بالعقد وذلك قد يكون بالضرب في الارض والتقييد بمكان ينافيه ويزوج امته لانه من الاكتساب فانه يوجب لها النفقة والمهر بخلاف العبد فانه يوجبهما في رقبته ويكاتب عبده لانه من انواع الاكتساب فصار كالبيع بل هو انفع لانه لا يزول ملكه عنه الا بعد وصول البدل وفي البيع يزول الملك بالعقد فان ادى المكاتب الثاني بدل كتابته وعتق لتحقق شرط عتقه

بعد عتق

بعد عتق المكاتب الاول بتمام اداء بدل كتابته الى السيد فولاؤه اي ولاء الثاني له اي للمكاتب الاول لان المباشر من اهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له وان ادى الثاني بدل الكتابة قبل اداء الاول بدلها فللسيد اي فولاء الثاني للسيد وهو مولى المكاتب الاول لان الثاني مكاتب للمولى بواسطة الاول فكان كتابة المولى للاول بمنزلة علة العلة ولهذا لو عجز الاول كان الثاني ملكا للمولى كالاول ويصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة ولهذا يدخل في الاستثناء على مواليه فاذا تعذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية بكونه رقيقا اضيف الى المولى لكونه علة العلة كالعبد اذا اشترى شيئا فانه يثبت الملك للمولى لتعذر اثباته للعبد لعدم الاهلية فلو ادى الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاية اليه لان المولى جعل معتقا مباشرة حكما لان العقد انتقل اليه لعدم اهلية المكاتب الاعتاق والولاء لا ينتقل عن المعتق مباشرة وليس له اي للمكاتب ان يتزوج بلا اذن من المولى لان الكتابة فك الحجر قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة الى المقصود بل هو مانع عن ذلك فلا يدخل تحت فك الحجر لكن اذا اذن له المولى بذلك جاز لان الملك فيه قائم وقال في التلويح الرقيق وان كان مكاتبا او مدبرا لا يملك شيئا من احكام ملك المال ولو باذن المولى فلا يملك المكاتب التسري لابتنائه على ملك الرقبة دون المتعة ولا يهب ولو بعوض ولا يتصدق الا بيسير منهما لان الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك ليملكه الا ان اليسير من ضرورات التجارة وتوابعها ولا يكفل بغير لا يملك الكفالة بالنفس ولا بالمال في الحال سواء كان بامر المكفول عنه او بغير امره لان الثاني تبرع محض فكان كالهبة والاول اقراض لان الكفيل متى ادى صار مقرضا بما ادى للمكفول عنه والاقراض تبرع وانما قيدنا بالحال لانها بعد العتق صحيحة في حقه فكان كفالته ككفالة العبد المحجور عليه ولا يقرض لما مر ولا يعتق عبده ولو بمال لانه ليس من التجارة ولا من ضروراتها ولا يزوج عبده لانه تنقيص للعبد من اشترى عبدا ووجده ذا زوجة تمكن من الرد بذلك العيب ولا يبيعه من نفسه لانه اتلاف له والاب والوصي في رقيق الصغير كالمكاتب حكما فيما كان كتابته قنه وانكاح امته لا اعتاق عبده ولو بمال ولا بيع عبده من نفسه وانكاحه ولا يملك العبد المأذون شيئا من ذلك المذكور عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف له تزويج امته وعلى هذا الخلاف المضارب والشريك شركة عنان قاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة فان المأذون جاز له ان يوجر عبده وامته فكذا يجوز له ان يزوج امته ولهما الفرق بين المأذون والمكاتب وهو ان المأذون يملك التجارة وتزويج الامة ليس بتجارة لانه ليس مبادلة مال بمال والتجارة ذلك والمكاتب يملك الاكتساب وهو اسم لما يوصل به الى المال وبالتزويج يصل المولى الى المهر فكان اكتسابا ولما لم يكن التزويج من الاكتساب لم يملك المكاتب والمأذون والمضارب والمفاوض وشريك العنان كلهم تزويج العبد وان اشترى المكاتب قريبه ولادا كالاصول وان علوا والفروع وان سفلوا لانه لما لم يكن من اهل الاعتاق جعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان اما في ترتيب القوة في الدخول في كتابته فالابن مقدم على الاب سواء كان مولودا في الكتابة او مشترى والمولود مقدم على المشترى فان المولود يظهر في حقه في جميع احكام الكتابة بطريق التبعية فانه يحرم بيعه حال حيوته ويقبل منه بدل الكتابة على نجوم الاب والمشترى يحرم بيعه حال الحيوة ويقبل منه البدل بعد موت الاب حالا ولا يمكن على نجوم الاب ليظهر نقصان حاله عن المولود في الكتابة في التبعية واما الاب فانه يحرم بيعه حال حيوة ابنه المكاتب ولم يقبل منه البدل بعد موته لا حالا ولا مؤجلا لانه دخل في كتابته لم يقل صار مكاتبا لانه لو صار مكاتبا لكان اصلا ولبقيت كتابته بعد عجز المكاتب الاصلي وليس كذلك بل اذا عجز المكاتب بيع الاب لان كتابته الداخل بطريق التبعية لا الاصالة كذا في العناية

ولا يردهم بعيب ان كان قد اشتراهم ولا يرجع بالنقصان الا اذا عجز فحينئذ له حق الرد فان باعه المولى او مات
فولاية الرد الى المولى فان مات المكاتب ولم يترك وفاء فقال ابوه وولده المشترى نحن نؤدى المال حالا فللمولى
ان لا يقبل منها ذلك ذكره التاتارخانية نقلا عن الينابيع واذا كانت امته وهى حامل فولدها بمنزلتها وان كاتبها
استثنى ما فى بطنها فسدت الكتابة ذكره قاضيخان ولو اشترى المكاتب ذا رحم محرم منه غير الولاد لا يدخل فيها
عند ابى حنيفة خلافا لهما فعندهما يدخل اعتبارا بقرابة الولاد لان وجوب الصلة يشملهما ولهذا لا يفترقان فى الحر
فى حق الحرية وله ان للمكاتب كسبا لا ملكا لانه ملك لغيره ولهذا لا يملك الهبة ولو اشترى زوجته لم يفسد النكاح
والكسب يكفى للصلة فى الولاد لا فى غيره الا يرى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يجب نفقة
الاخ الا على الموسر ولان هذه قرابة الاخوة توسطت بين القرابة البعيدة من بنى الاعمام والقرابة القريبة وهى الولاد
والمتوسط بين الشيئين ذو حظ منهما فعملنا بالشبهين والحقناها بالقريبة فى العتق حتى اذا ملك الحر اخاه عتق
عليه كما اذا ملك والده او ولده وبالبعيدة فى الكتابة حتى اذا ملك المكاتب اخاه لم يدخل فى كتابته كما اذا ملك ابن
عمه وهذا اولى من العكس لانا لو الحقناها بالولاد فى الكتابة وجب علينا ان يلحقها به ايضا فى العتق لانه اسرع نفوذا
من الكتابة حتى ان احد الشريكين اذا كاتب كان للاخر فسخه واذا اعتق ليس له ذلك وفى ذلك ابطال لاحد
الشبهين واعمالهما ولو بوجه اولى من اهمال احدهما ولو اشترى المكاتب ام ولده مع ولدها دخل الولد فى الكتابة
فلا تباع الام وان لم يكن معها جاز بيعها خلافا لهما يعنى لو ان امرأة المكاتب القنة اذا ولدت قبل ان يملكها المكاتب
بوجه من الوجوه ثم ملكها مع الولد فليس له ان يبيعها بالاتفاق لان ولدها دخل فى الكتابة كما مر والام تابعة للولد فى هذا
الحكم قال صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها وان ملكها وحدها فكذلك عندهما لانها ام ولد خلافا لابى حنيفة لان
القياس جواز بيعها وان كان الولد معها لان كسب المكاتب موقوف على ادائه جميع البدل فان اداه عتق وما فضل
معه فهو له وان عجز فهو وماله للمولى وكل موقوف يقبل الفسخ فكسب المكاتب يقبل الفسخ وما يقبل لا يجوز ان
يتعلق به ما لا يقبله كالاستيلاد لان ما لا يقبله اقوى مما يقبله والاقوى لا يجوز ان يكون تبعا للادنى الا انه يثبت هذا
الحق وهو امتناع البيع فيما اذا كان معها ولد تبعا لثبوته فى الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت هذا الحق ثبت
ابتداء والقياس ينفيه فولده من امته يدخل فى كتابته لان امرأته من اهل ان يكاتب وان لم يكن من اهل الاعتاق
لا يقال ان المكاتب لا يملك التسرى فاين له ولد من الامة حتى يدخل فى الكتابة لانا نقول معنى قولهم لا يملك التسرى
لا يحل له وطء امته لكن ان وطئ وادعى النسب يثبت كالجارية المشتركة فانه ليس لاحد الشريكين وطؤها لكن اذا
وطئ فولدت وادعاه يثبت النسب فى المبسوط جارية بين حر ومكاتب ولدت ولدا فادعاه المكاتب يكون الولد
له والجارية ام ولد له ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها ولا يضمن من قيمة الولد شيئا لان المكاتب يملك من حق الملك
فى كسبه ما يملك الدعوة كالحر فبقيام الملك له فى نصفها يثبت نسب الولد منه من وقت العلوق ويثبت لها
حق امية الولد فى حق امتناع البيع تبعا لثبوت حق الولد فحكم الولد كحكم المكاتب وكسبه اى الولد له اى الوالد
لان كسب الولد كسبه وكان كذلك قبل الدعوة فلا تنقطع بالدعوة واختصاص المكاتب بكسب ولده وكذلك
اذا ولدت المكاتبة من زوجها دخل الولد فى كتابتها لان حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكدا فيسرى الى الاولاد
القارة الشرعية والاوصاف القارة الشرعية فى الامهات كالتدبير والاستيلاد والرق تسرى الى الاولاد
وقولهم مؤكدا اشارة الى ذلك احترازا عن ولد الآبقة فان بيعها لا يجوز وبيع ولدها يجوز لان امتناع البيع

في الآبقة

فى الآبقة غير مؤكد اذ الاباق مما لا يدوم وكذا بيع المستأجرة والجانية فان الامة اذا اتصفت بهما امتنع بيعها الا
مقرونا بشئ لانه ليس بمؤكد فقولهم الاوصاف القارة احتراز عن مثل هذين الوصفين وقولهم الشرعية احتراز
عن السواد والبياض والطول والقصر فانها لا تسرى واذا سرت كتابتها الى ولدها لم يجز بيعه كما لم يجز بيعها
ولو زوج امته من عبده ثم كاتبهما فولدت يدخل الولد فى كتابة الام وكسبه لها لان تبعية الام رجح ولهذا يتبعها
فى الحرية والرق ولو نكح مكاتب بالاذن امرأة زعمت انها حرة يعنى تزوج مكاتب باذن مولاه امرأة قالت انا حرة
فولدت منه فاستحقت فولدها عبد ولا يأخذهم المكاتب بقيمة يؤديها الى المستحق عند ابى حنيفة وابى يوسف وعند
محمد ولدها حر بالقيمة لانه ولد المغرور لوجود سببه وهو الغرور لانه ما رغب فى نكاحها الا لينال حرية الاولاد فيجب عليه قيمة
الاولاد والمهر فى الحال لوجود الاذن من المولى والاولاد احرار هكذا فى المبسوط وفى شرح الجامع الصغير ان قيمة الاولاد
عنده يتأخر اداؤها الى ما بعد العتق واليه اشار صاحب الهداية بقوله لان حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وههنا
بقيمة متأخرة الى ما بعد العتاق ثم اذا غرم القيمة يرجع عليها عنده لان الغرور حصل منها ولهما انه مولود بين رقيقين
فيكون رقيقا وهذا لان الاصل فى الولد ان يتبع الام فى الرق والحرية لكنا تركنا هذا الاصل فيما اذا كان الرجل حرا
باجماع الصحابة وهذا الولد ليس فى معناه لان حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وههنا بقيمة متأخرة الى ما بعد العتاق
فكان المانع عن الالحاق به موجودا وهو الضرر اللاحق بالمستحق بالتأخير فيبقى على الاصل ولا يلحق به فان وطئ المكاتب
امة بغير اذن سيده يعنى اذا اشترى المكاتب امة فوطئها بغير اذن المولى قيد بغير الاذن ليعلم منه ما اذا كان
باذنه بطريق الاولى فاستحقت لانه اخذ منه اى من المكاتب عقرها فى الحال اى من غير تأخير الى الاعتاق
وكذا ان شراها فاسدا فوطئها فردت وان وطئها بنكاح لا يؤخذ منه الا بعد عتقه اذا كان بغير اذنه ومثله
المأذون فى التجارة قنا كان او مدبرا والفرق بين المسئلتين ان الكتابة اوجبت الشراء والشراء
اوجب سقوط الحد وسقوط الحد اوجب العقر فالكتابة اوجبت العقر ولا كذلك النكاح **فصل** واذا ولدت
المكاتبة من مولاها وذلك بان ادعاه فهى بالخيار مضت على الكتابة او عجزت نفسها وهى ام ولده سواء
صدقته اذا ادعى او كذبته لان للمولى حقيقة الملك فى رقبتها ولها حق الملك والحقيقة راجحة فتثبت من غير تصديق
وانما تتخير لانه تلقتها جهتا حرية عاجلة ببدل وآجلة بغير بدل فتتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى سواء جاءت
لستة اشهر او لاكثر وهو لان المولى يملك الاعتاق فى ولدها لان الدعوة من المولى كالتحرير وانه يملك تحرير ولدها
من غيره قصدا فلان يملك ذلك ضمنا للدعوة بطريق الاولى فاذا مضت على الكتابة اخذت منه اى من المولى
عقرها اى مهر مثلها لاختصاصها بنفسها ومنافعها وبعد مضيها على الكتابة ان مات المولى عتقت المكاتبة بالاستيلاد
ولهذا اسقط عنها البدل وان ماتت وتركت مالا اديت منه كتابتها وما بقى ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة
وان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر ولا يثبت نسب من ولده لعبده بلا دعوة يعنى لو ولدت المكاتبة ولدا
آخر وهى ماضية على الكتابة لم يلزم المولى بالسكوت لان نسب ولد ام الولد انما يثبت بالسكوت اذا لم تكن
محرم الوطء وهذه يحرم وطؤها فلا بد من الدعوة فلو لم يدع وماتت من غير وفاء سعى هذا الولد لانه مكاتب تبعا
لها ولو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لانه بمنزلة الولد اذ هو ولدها فيتبعها وهذا احتراز عن قوله
بل هو بغير الولد الثانى مثلها فى الحكم فان كاتب المولى مدبرة او ام ولده صح اما المدبر فلوجود المقتضى
وهو الحاجة فان الثابت بالتدبير مجرد استحقاق الحرية لا حقيقتها وانتفاء المانع وهو عدم المنافاة واما

اى تؤخذ منه قيمته بعد عتقه وذلك صح

فى ام الولد فلان الكتابة ليتوسل بها الى ملك اليد فى الحال وملك الرقبة فى المآل بالاداء وحاجتها الى استفادة هذا
المعنى قبل موت المولى كحاجة غيرها فصح فان مات المولى عتقت ام الولد مجانا لتعلق عتقها بموت المولى كالاستيلاد
فبطلت الكتابة لامتناع ابقائها فلا فائدة فيها ويعتق الاولاد ويخلص لها الاكساب لان الكتابة انفسخت
فى حق البدل وبقيت فى حق الاولاد والاكساب لان الفسخ لها والنظر فيما ذكرنا ولو ادت المكاتبة قبل موت
المولى عتقت بالكتابة لانها باقية وان مات المولى وترك المدبر ولا مال له فهو مخير يسعى فى جميع بدل
كتابته او فى ثلثى قيمته مدبرا لا قنا ان كان المولى معسرا عند ابى حنيفة لان فى التخيير فائدة وان اتحد الجنس
لجواز ان يكون اداء اكثر المالين ايسر باعتبار الاجل واداء اقلهما اعسر لكونه حالا وعند ابى يوسف يسعى
فى الاقل من البدل او ثلثى قيمته وعند محمد يسعى فى الاقل من ثلثى كل البدل او من ثلثى قيمته والخلاف فى الخيار
والمقدار فالتخيير مذهب ابى حنيفة وحده وابو يوسف معه فى المقدار ومع محمد فى نفى الخيار اما الخيار عند ابى حنيفة
فرع تجزى الاعتاق لما تجزى عتق ثلثه بالموت وبقى ثلثاه فى الرق فقد توجه له جهتا عتق معجل وهو السعاية
بالتدبير ومؤجل ببدل الكتابة فيختار ايتهما شاء وعندهما عتق كله لما عتق بعضه فهو حر وقد وجب عليه احد
المالين فيؤدى اقلهما لانه يختار الاقل لا محالة فلا معنى للتخيير ولمحمد فى المقدار ان البدل مقابل بالكل وقد سلم له الثلث
بالتدبير فيسقط البدل بقدره الا يرى انه لو سلم له الكل بان خرج من الثلث سقط كل بدل الكتابة فههنا يسقط
الثلث وصار كما اذا كاتب عبده ثم دبره ثم مات المولى ولا مال له سواه فانه يسعى فى الاقل من ثلثى القيمة وثلثى
البدل وسقط ثلثه بالاتفاق ولهما انه قابل جميع البدل بثلثى رقبته فلا يسقط منه شىء لان البدل وان
قوبل بالكل صورة وصيغة لكنه استحق حريته الثلث ظاهرا والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما استحق
حريته وصار كما اذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلاثا على الف كانت جميع الالف مقابلة بالواحدة الباقية لدلالة
الارادة كذا ههنا بخلاف ما اذا تقدمت الكتابة على التدبير وهى المسئلة التى تلى هذه لان البدل مقابل بالكل اذ لا
استحقاق عنده فى شىء فافترقا وان دبر مكاتبه صح ومضى عليها ان عجز نفسه وصار مدبرا لما عرفت انه تلقته
جهتا حرية وله الخيار ان شاء مضى على الكتابة وان شاء عجز نفسه وصار مدبرا لان الكتابة ليست بلازمة
من جانب المملوك لان النفقة والجناية على المكاتب فى حال الكتابة واذا عجز نفسه كان كل ذلك على المولى فله
ان يدفع نفسه عن ذلك فان مضى عليها فمات سيده معسرا بان لم يكن له مال سواه فهو مخير يسعى فى ثلثى البدل
او فى ثلثى قيمته عند ابى حنيفة وعندهما سعى فى الاقل من ثلثى كل منهما فاختلفوا ههنا فى الخيار بناء على ما ذكرنا
من تجزى الاعتاق واما المقدار فمتفق ومحمد مار على اصله لا يحتاج الى فرق والفرق لهما بين هذه وما تقدمت
ما بينا ان البدل ههنا مقابل بالكل آه وان اعتق المولى مكاتبه عتق باعتاقه لقيام ملكه وسقط عنه بدل الكتابة
بناء على ان ما كان وسيلة الى تحصيل شىء وحصل ذلك الشىء من جهة اخرى سقط الوسيلة لعدم الحاجة اليها والظاهر
رضاء العبد بالفسخ توسلا الى عتقه بغير بدل مع سلامة الاكساب له فانه اذا رضى به ببدل فبلا بدل يكون
ارضى وان كوتب على الف مؤجل فصالح على نصفه حالا صح استحسانا والقياس ان لا يجوز لان هذا الصلح
اعتياض عما ليس بمال بما هو مال لان الاجل ليس بمال وجه الاستحسان ان الاجل فى حق المكاتب مال
من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا وقد اختلف الجنس فلم يكن ثمه ربوا وان مات مريض كاتب فى مرض موته
عبدا قيمته الف على الفين مثلا قال فى الحقائق التقدير ليس بلازم بل المراد ان بدل الكتابة اكثر من قيمته الى سنة

ولامال

ولامال له غيره ولم يجز الورثة الاجل لان المريض تصرف فيه وهو حقهم فلهم ان يردوه دفعا للضرر بتأخير حقهم الى
مضى الاجل عن انفسهم ادى العبد المكاتب ثلثى البدل حالا وهو الف وثلاثمائة وثلاث وثلاثون درهما وثلث
درهم والباقى وهو ستمائة وستة وستون وثلثا درهم الى اجله او رد رقيقا عند ابى حنيفة وابى يوسف وعند
محمد يؤدى ثلثى قيمته اى ثلثى الالف للحال والباقى الى اجله او يرد رقيقا لان له ان يترك الزيادة وثلث الالف
فله ان يؤخرها وصار ذلك كما اذا خالع المريض امرأته على الف الى سنة جاز لان له ان يطلقها بغير بدل ولهما
ان جميع المسمى بدل الرقبة بدليل جريان احكام الابدال من جواز المرابحة على الالفين وجواز الحبس على المماطلة
والاخذ بالشفعة فانها تتعلق بجميع المسمى وهو الالفان وبدل الرقبة يتعلق به حق الورثة لتعلقه بالمبدل فان
المبدل لما كان مالا متقوما كان حكم بدله حكمه فجميع المسمى يتعلق به حق الورثة وما يتعلق به حق الورثة للمريض
اسقاط ثلثه فيجوز تأجيله لانه اسقاط معنى بخلاف بدل الخلع فان حق الورثة لم يتعلق به لانه لم يتعلق بالمبدل
لكونه ليس بمال وعلى هذا الاصل اختلافهم اذا باع المريض داره بثلاثة آلاف الى سنة وقيمتها الف ثم مات
ولم يجز الورثة التأجيل فعندهما يخير المشترى بين اداء ثلثى جميع الثمن حالا والثلث الى اجله وبين نقض البيع
وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فى الزيادة وان كاتبه على الف الى سنة وقيمته الفان ولم يجز الورثة ادى
ثلثى القيمة للحال او رد الى الرق اتفاقا لان المحاباة فى القدر وهو اسقاط الف درهم والتأخير وهو تأجيل الالف
الاخرى فاعتبر الثلث فيهما بان صح تصرفه فى ثلث قيمته فى الاسقاط والتأخير لكن لما سقط ذلك الثلث لم يبق التأخير
ايضا ولم يتصرف فى ثلثى القيمة لا فى حق الاسقاط ولا فى حق التأخير ومثلها البيع اى مثل الكتابة البيع فيما ذكر من
الاحكام وقد ذكرنا بعضها آنفا ويعلم الباقى بالنظر فى الاصول رزقنا الله الوصول وان كاتب حر عن عبد بالف
وادى عنه عتق ولا يرجع به وان قبل العبد فهو مكاتب قال فى الجامع الصغير اذا كاتب الرجل عن عبد بالف درهم فان
ادى عنه عتق وان بلغ العبد وقبل فهو مكاتب واختلف شارحوه فى تفسيره فقال بعضهم هو ان يقول الحر
لمولى العبد كاتب عبدك على الف درهم على انى ان اديت اليك الفا فهو حر فكاتبه المولى على ذلك يعتق باداء
بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا يعنى ان هذا العقد نافذ فى حق المولى والعبد من حريته البيع ونفوذ عتقه باداء هذا
القائل وموقوف على اجازته فيما عليه من لزوم البدل لانه عقد جرى بين فضولى ومالك فيتوقف على اجازة من
له الاجازة فاذا قبله كان ذلك اجازة منه فيصير مكاتبا لان الاجازة فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء ولو وكله العبد
بذلك نفذ عقده عليه فكذا اذا اجاز بعد العقد وقال بعضهم هو ان يقول كاتب عبدك على الف درهم ولم يقل
على انى ان اديت اليك الفا فهو حر فادى عتق استحسانا وفى القياس لا يعتق لانه لا شرط حتى يعتق لوجود الشرط
والعقد موقوف لما مر وجه الاستحسان انه لا ضرر للعبد الغائب فى توقف العتق على اداء القائل فيصح العقد
فى حق هذا العقد ويتوقف فى لزوم الالف العبد ولو ادى الحر البدل لا يرجع على العبد لانه متبرع حيث لم يأمره
بالاداء ولا هو مضطر الى ادائه وهل له ان يسترد ما ادى المولى فيه تطويل طالع النهاية تطلع وان كاتب عبده
من نفسه وعن عبد آخر لمولاه غائب فقبل صح يعنى اذا قال العبد لمولاه كاتبنى بالف درهم على نفسى وعلى عبدك
فلان الغائب ففعل جاز استحسانا والقياس ان يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف فى حق الغائب لعدم
الولاية عليه كمن باع عبده وعبد غيره او زوج امته وامة غيره وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد الى نفسه
ابتداء جعل نفسه فيها اصلا والغائب تبعا والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل اولادها

في كتابتها تبعا حتى عتقوا باداۂها وليس عليهم من البدل شيء وقبول الغائب ورده لغو لان الكتابة قد نفذت
ولزمت على الحاضر فلا اثر لرد الغائب وقبوله ولا يتغير بعد ذلك موجب لعقد المقدم حتى لا يجوز للمولى ان يأخذه
بشيء من البدل وصار كمن كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجازه لا يتغير حكمه حتى لو ادى لا يرجع عليه كذا ههنا او يوخذ
الحاضر بكل البدل ولا يوخذ الغائب بشيء من البدل لان الاجل كان مشروطا على الحاضر لا على الغائب فلكن ايهما ادى
اجبر المولى على القبول اما الحاضر فلان البدل عليه واما الغائب فالقياس فيه ان لا يجبر لانه متبرع اذ ليس عليه شيء من
البدل ووجه الاستحسان ان له فيه منفعة لانه ينال به شرف الحرية وصار كمعير الرهن اذا ادى المرتهن لفكاك
عينه يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه وعتقا جميعا لتسليم البدل المشروط
لعتقهما ولا يرجع احدهما على الآخر لان الحاضر قضى دينا عليه ومثله لا يرجع والغائب متبرع به غير مضطر اليه ومثله
ايضا لا يرجع كذا في العناية وكذا لو كاتبهما معا يعني لو كاتب رجل عبديه كتابة واحدة بالف موصوفة مشروطة
بانهما ان اديا عتقا وان عجزا ردا الى الرق فايهما ادى اجبر المولى على القبول وعتقا جميعا باداء كل البدل ولا يعتق
احدهما باداء حصته وقال زفر ان احد العبدين اذا ادى حصته من الالف يعتق لان كلا منهما التزم حصته لا حصة
الآخر فيعتق باداء حصته كما لو كاتبهما على الف كتابة واحدة ولم يزد عليه شرطا ولنا انه علق عتقهما باداۂهما كل البدل
فلا يعتق احدهما بدون كمال الشرط كما لو قال ان دخلتما هذه الدار فانتما حران لا يعتق احدهما بالدخول وحده بخلاف
ما يستشهد به لان المولى لم يعلق عتقهما باداۂهما فصار كل منهما ملتزما بحصته فيعتق باداۂه كذا في شرح المجمع بخلاف
ما لو كان العبدان لاثنين فكاتباهما كذلك فان كل واحد منهما مكاتب بحصته فيعتق باداۂها وذلك لان كل واحد
منهما انما استوجب البدل على مملوكه فيعتبر شرطه في مملوكه لا في مملوك غيره بخلاف المسئلة الاولى لان شرطه معتبر في حقهما
لانهما مملوكاه ولو عجز احدهما ثم ادى الآخر الكل عتقا محل هذه المسئلة عقيب المسئلة الاولى التي مولاهما واحد فيما يستشهد
به النظر الى المختار يعني فان عجز احدهما فرد الى الرق اما بتصالحهما او برده القاضي ولم يعلم الآخر بذلك ثم ادى جميع بدل الكتابة
عتقا جميعا لانهما كشخص واحد الا ترى انهما لا يعتقان الا باداء الجميع فكذا لا يردان الا بعجزهما ولان الغائب يتضرر بهذا
القضاء لانه لو نفذ سقط حصته من البدل فلا يعتق باداء حصته والحاضر ليس بخصم عنه فيما يضره وكذا لو سعى بعد ذلك
وادى نجما او نجمين ثم عجز ورد في الرق فهو باطل لان رد الاول لما لم يصح صار كالعدم فلا يتحقق الفسخ لاحتمال قدرة الاول
ولو كاتبهما على ان كل واحد منهما ضامن عن الآخر جاز استحسانا ويجعل كل واحد منهما اصلا في وجوب الالف عليه ويكون
عتقهما معلقا باداۂه ويجعل كل كفيلا في حق صاحبه تصحيحا لتصرفهم لحاجتهم الى الخروج عن الرق واذا كان كذلك فايهما ادى
عتقا لوجود الشرط ويرجع على شريكه بنصف ما ادى لانه قضى دينا عليه بامره فيرجع عليه تحقيقا للمساواة بينهما ولو لم يرجع
بشيء او يرجع بالجميع لم يحصل المساواة الكل في الاختيار وان كاتب امة عنها وعن ابنين صغيرين لها اي للامة جاز
وضع المسئلة في الامة اشارة الى ان الحكم في العبد والامة سواء فانه لو وضعها في العبد لربما توهم ان الجواز لثبوت
ولاية الاب عليهما فلا يجوز ذلك في الامة لعدم ولايتها اذ الام الحرة لا ولاية لها فكيف للامة واي من الامة والصغيرين
ادى اجبر المولى على القبول وعتقوا ولا يرجع على غيره لان الامة جعلت نفسها اصلا في الكتابة واولادها
تبعا فان ادت الام فقد ادت دينا على نفسها وكل من الولدين ان ادى فهو متبرع غير مضطر وفي ذلك كله لا
رجوع فان قيل اذا ادى احدهما ينبغي ان لا يعتق الابن الآخر لانه لا اصالة بينهما ولا تبعية فالجواب ان احدهما
اذا ادى كان اداۂه كاداء الام لانه تابع لها من كل وجه ولو ادت الام عتقوا فكذا اذا ادى احدهما قبل

وبهذا فائدة

وبهذا فائدة وضع المسئلة في صغيرين دون صغير واحد ليعلم بهذا المعنى وان بهذا العقد على هذا الوجه
يجوز في حق الاجنبي فلان يجوز في حق ولدها اولى لان ولدها اقرب اليها من الاجنبي وان فيه اشارة
الى ما ذهب اليه بعض المشايخ ان ثبوت الجواز ههنا قياس واستحسان لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبي كذا في العناية

باب كتابة العبد المشترك

ولو اذن احد الشريكين في عبد للآخر ان يكاتب حصته منه بالف ويقبض البدل ففعل
وقبض البعض فعجز المكاتب فالمقبوض للقابض خاصة وقالا بينهما يعني لو اذن احد الشريكين فيه لصاحبه
ان يكاتب نصيب نفسه لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه وعتقا جميعا لتسليم البدل المشروط
لعتقهما ولا يرجع احدهما على الآخر لان الحاضر قضى دينا عليه ومثله لا يرجع والغائب متبرع به غير مضطر اليه ومثله
ايضا لا يرجع كذا في العناية وكذا لو كاتبهما معا يعني لو كاتب رجل عبديه كتابة واحدة بالف موصوفة مشروطة
بانهما ان اديا عتقا وان عجزا ردا الى الرق فايهما ادى اجبر المولى على القبول وعتقا جميعا باداء كل البدل ولا يعتق
احدهما باداء حصته وقال زفر ان احد العبدين اذا ادى حصته من الالف يعتق لان كلا منهما التزم حصته لا حصة
الآخر فيعتق باداء حصته كما لو كاتبهما على الف كتابة واحدة ولم يزد عليه شرطا ولنا انه علق عتقهما باداۂهما كل البدل
فلا يعتق احدهما بدون كمال الشرط كما لو قال ان دخلتما هذه الدار فانتما حران لا يعتق احدهما بالدخول وحده
بخلاف ما يستشهد به لان المولى لم يعلق عتقهما باداۂهما فصار كل منهما ملتزما بحصته فيعتق باداۂه كذا في شرح
المجمع بخلاف ما لو كان العبدان لاثنين فكاتباهما كذلك فان كل واحد منهما مكاتب بحصته فيعتق باداۂها وذلك
لان كل واحد منهما انما استوجب البدل على مملوكه فيعتبر شرطه في مملوكه لا في مملوك غيره بخلاف المسئلة الاولى لان
شرطه معتبر في حقهما لانهما مملوكاه ولو عجز احدهما ثم ادى الآخر الكل عتقا محل هذه المسئلة عقيب المسئلة الاولى
التي مولاهما واحد فيما يستشهد به النظر الى المختار يعني فان عجز احدهما فرد الى الرق اما بتصالحهما او برده القاضي
ولم يعلم الآخر بذلك ثم ادى جميع بدل الكتابة عتقا جميعا لانهما كشخص واحد الا ترى انهما لا يعتقان الا باداء
الجميع فكذا لا يردان الا بعجزهما ولان الغائب يتضرر بهذا القضاء لانه لو نفذ سقط حصته من البدل فلا يعتق
باداء حصته والحاضر ليس بخصم عنه فيما يضره وكذا لو سعى بعد ذلك بالف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض
بعض الالف ثم عجز فالمال للذي قبض عند ابي حنيفة وقالا هو مكاتب بينهما وما ادى فهو بينهما واصل هذا الاختلاف
ان الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما كالاعتاق فانه تفيد الحرية من وجه فيقتصر على نصيبه عنده واما عندهما فالاذن
لا يفيد الاشتراك في الكتابة وانما تكون فائدته انتقاء ما كان له من حق الفسخ ان كاتبه بغير اذنه والاذن
بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزي فهو اصيل في النصف وكيل في النصف فيكون المقبوض بينهما
وعنده اذا اذن له بالقبض فقد اذن للعبد بالاداء من الكسب اليه فيصير الآذن متبرعا بنصيبه من الكسب على
المكاتب فلهذا كان كل المقبوض له امة لرجلين كاتباها فوطئها احدهما فاتت بولد فادعاه احدهما ثم اتت
باخر يعني ثم وطئها الآخر فاتت بولد فادعاه الآخر فعجزت فهي ام ولد للاول يعني بطريق التبيين لانه لما ادعى
احدهما الولد الاول صحت دعوته لقيام الملك فيه وصار نصيبه ام ولد له بناء على ان الاستيلاد في المكاتبة يتجزى
عند ابي حنيفة لانه لا وجه لتكميل الاستيلاد بالاستملاك نصيب صاحبه والمكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى ملك
فيقتصر امومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة فان الاستيلاد فيها يتجزى بالاتفاق والجامع ان كلا من
الكتابة والتدبير يمنع الانتقال من ملك الى ملك ولا وجه لفسخ الكتابة لان المكاتبة قد ترضى بحرية عاجلة بجهة

الكتابة ولا ترضى بجريتها آجلة بجهة الاستيلاد فاذا تمحض الفسخ منفعة لا ينفسخ الا بفسخ المكاتبة واذا ادعى الثاني
ولدها الآخر صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا وانما قيدنا بقولنا ظاهرا لان الظاهر ان يمضي على كتابتها وكان ملكه
باقيا نظرا الى الظاهر ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم تكن وتبين ان الجارية كلها ام ولد للاول
لانه زال المانع من الانتقال وطئه وضمن نصف قيمتها لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد وضمن نصف عقرها
لو طئه جارية مشتركة وضمن الثاني تمام عقرها فيكون النصف بالنصف قصاصا ويبقى للاول على الثاني نصف
العقر وقيمة الولد وهو اي الولد ابن الثاني بالنظر الى الحقيقة اما بالنظر الى الظاهر فيكون الولد ابنه بالقيمة
فانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف واما
بالنظر الى الحقيقة فلزوم كمال العقر لانه وطئ ام ولد الغير حقيقة وايهما دفع العقر اليها قبل العجز جاز لان الكتابة ما دامت
باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وابدالها واذا عجزت ترد الى المولى لظهور اختصاصه هذا كله قول ابي
حنيفة وعندهما هي ام ولد للاول وهي مكاتبة له تعتق باداء البدل الى الاول لا يثبت نسب الولد من الثاني اذ
لا يجوز له وطئها وذلك لانه لما ادعى الاول الولد الاول صارت كلها ام ولد له لان امومية الولد يجب تكميلها
بالاجماع ما امكن لان الاستيلاد طلب الولد وانه يقع بالفعل والفعل لا يتجزى فكذا ما يثبت به ولهذا تكمل
في القنة بالاجماع واذا صار كلها ام ولد للاول فالثاني وطئ ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولهذا
لا يضمن الثاني قيمته غير انه لا يجب عليه الحد لشبهة انها مكاتبة بينهما وحكمه كانه ويضمن الثاني للاول تمام العقر
لان الوطء لا يعرى عن احد الغرامتين واذا بقيت الكتابة فصارت كلها مكاتبة للاول قيل يجب عليها نصف
بدل الكتابة لانها قد انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتبة ولا يتضرر بسقوط نصف البدل وهو نصيب الشريك
الثاني وهو قول الشيخ ابي منصور وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة تكميل
الاستيلاد والثابت بالضرورة لا يتعدى فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وهو قول عامة المشايخ ويضمن
الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة عند ابي يوسف لانه تملك نصيب شريكه وهي مكاتبة فيضمنه موسرا كان او
معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار قال في الكفاية وهو قول ابي يوسف في مكاتبة
بين شريكين اعتقها احدهما فانه يجب عليه عند ابي يوسف نصف قيمتها مكاتبا فقياس قوله فيما نحن فيه
ان يضمن قيمتها مكاتبة ايضا وقيمة المكاتب نصف قيمته قنا انتهى وليضمن الاقل منه اي من نصف قيمتها
مكاتبة ومن نصف ما بقي من البدل عند محمد لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل
على اعتبار الاداء فلتردد بينهما يجب اقلهما لان المتيقن ولو لم يطاها الثاني بل دبرها فعجزت بطل التدبير
لعدم مصادفته الملك اما عندهما فظاهر لان المستولد ملكها قبل العجز واما عنده فلانه بالعجز تبين انه
تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين ان التدبير صادف ملك غيره والتمليك يعتمد الملك فلا يصح بدونه بخلاف
النسب فانه يثبت من الثاني ان وجد الوطء منه لانه يعتمد الغرور لا الملك فهي ام ولد للاول لانه تملك
نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بيناه والولد له اي للاول لانه صحت دعوته لقيام المصحح وهو الملك في
المكاتب وضمن نصف قيمتها ونصف عقرها لما مر ولو اعتقها احدهما يعني لو كاتباها ثم اعتقها احدهما موسرا
فعجزت ضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع به عليها عند ابي حنيفة خلافا لهما فان عندهما لا يرجع
عليها لانها لما عجزت وردت الى الرق صارت كانها لم تزل قنة والجواب فيه على الخلاف في الرجوع وفي

الخيارات

الخيارات والولاء وترديد الاستسعاء كما هو في مسئلة تجزي الاعتاق فان عند ابي حنيفة اذا ضمن الساكت المعتق
فالمعتق يرجع على العبد وعندهما لا يرجع وفي الخيار عنده الساكت مخير بين الخيارات الثلاث ان شاء المعتق
وان شاء استسعى العبد وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وعندهما ليس الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار
واما في الولاء فعند ابي حنيفة ان اعتق الساكت او استسعى فالولاء بينهما وان ضمن المعتق فالولاء للمعتق وعندهما
للمعتق في الوجهين جميعا واما ترديد الاستسعاء فانهما لا يريان الاستسعاء مع اليسار ويقولان ان كان
المعتق موسرا يضمن نصيب الساكت وان كان معسرا سعى العبد وابو حنيفة يراه كما هو في مسئلة تجزي الاعتاق
كما تقرر في الاعتاق وان لم تعجز فلا ضمان وعندهما يضمن الموسر وتجب السعاية في المعسر وعنده ايضا على تجزي الاعتاق
لانه لما تجزى عنده لم يظهر افساده نصيب الساكت ما لم تعجز فان اثره ان يجعل نصيب الساكت كالمكاتب فهو حاصل
وانما يظهر ذلك اذا عجزت كما يوجب ذلك في القنة فيوجب الضمان وعندهما لما لم يتجز عتق الكل فله ان يضمن قيمة
نصيبه مكاتبا ان كان موسرا ويستسعى العبد ان كان معسرا لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار ولو
دبر احد الشريكين عبدا مشتركا بينهما ثم اعتق الآخر موسرا ضمنه المدبر او استسعى العبد او اعتقه فيكون المدبر مخيرا
بين تضمين المعتق نصف قيمته المدبر وبين استسعاء العبد واعتاقه وان عكس بان اعتقه احدهما ثم دبره
الآخر فالمدبر لا يضمنه ولا ان يعتق العبد او يستسعى عند ابي حنيفة وذلك لان التدبير يتجزى عنده فيقتصر
احدهما قيمة نصيبه ~~مضطرا عمدي~~ لكن يفسد به نصيب الآخر لسد باب النقل عليه فله ان يضمن قيمة نصيبه والاستسعاء
ويقتصر الاعتاق على نصيبه لانه يتجزى عنده ولكن يفسد به شريكه لسد باب الاستخدام عليه فله تضمين نصيبه والاعتاق
والسعاية ايضا كما هو مذهبه فان ضمنه ضمن قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر واختلفوا في قيمته
فقيل قيمته تعرف بتقويم المقومين وقيل قيمته ثلثا قيمة القن لان المنافع انواع ثلاثة البيع وما اشبهه في كونه خروجا
عن الملك كالهبة والصدقة والارث والوصية والاستخدام وامثاله في كونه انتفاعا بالمنافع كالاجارة والعارية
والوطء والاعتاق وتوابعه كالكتابة والاستيلاد والتدبير والاعتاق على مال والفائت من ذلك النوع الاول
فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا وابق
فانه يضمنه ولا يتملكه فكان ضمان حيلولة لا ضمان تملك وان اعتقه اولا كما في مسئلة العكس كان للآخر الخيارات
الثلاث عنده خيار التضمين لانه بمباشرة التدبير يصير مبرئا للمعتق عن الضمان لمعنى وهو ان نصيبه كان قنا
عند اعتاق المعتق فكان تضمينه اياه متعلقا بشرط تمليك العين بالضمان وقد فوت ذلك بالتدبير بخلاف
الاول فهناك نصيبه كان مدبرا عند ذلك فلا يكون التضمين مشروطا بتمليك العين منه وعندهما ان دبر الاول
ضمن نصف قيمته موسرا او معسرا وعتق الآخر لغو لانه لا يتجزى عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير
ويضمن نصف قيمته موسرا كان او معسرا لان ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن نصف
قيمته قنا لان تدبيره صادفه وهو قن وان اعتق الاول ضمن نصف قيمته لو موسرا او استسعى العبد لو معسرا
لان هذا ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار وتدبير الآخر لغو لان الاعتاق لا يتجزى عندهما

باب العجز والموت وجه تاخير هذا الباب ظاهر لان عجز المكاتب وموته وموت المولى بعد عقد الكتابة
اذا عجز المكاتب عن نجم النجم هو الطالع ثم سمي به الوقت المضروب ثم سمي به ما يؤدى فيه من الوظيفة للملازمة
بينهما فان رجي له حصول مال لا يعجل الحاكم بتعجيزه ويمهل يومين او ثلاثة ايام يعني نظر الحاكم في حاله فان كان

له دين يقتضيه او مال غائب يقدم لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه يومين او ثلاثة نظرا للجانبين ولا يزاد على الثلاثة وذلك لان الثلاثة هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع فان المدعى عليه اذا توجه الحكم عليه فادعى الدفع وقال بينتي حاضرة وقال انه يؤخر يوما او يومين او ثلاثة لا يزاد عليه وجعلوا هذا التقدير من باب التعجيل دون التأخير وكامهال المديون فانه اذا اثبت على رجل مالا فقال المدعى عليه امهلني يوما او يومين او ثلاثة ايام فانه يمهل ولا يزاد عليه والاصل في ذلك قصة موسى مع الخضر عليهما السلام حيث قال في الكرة الثالثة هذا فراق بيني وبينك ولذا قدر صاحب الشرع مدة الخيار ثلاثة ايام والا اي وان لم يرج له حصول مال عجزه الحاكم وفسخ الكتابة ان طلب سيده فسخها او عجزه سيده برضاه اي رضى المكاتب فان لم يرض به فلا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم فلا بد من القضاء او الرضاء كما في الرجوع عن الهبة هذا عند ابي حنيفة ومحمد قال القهستاني نقلا عن المضمرات وهو الصحيح انتهى وعند ابي يوسف لا يعجزه ما لم يتوال عليه نجمان لقول علي رض اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط فلا يوجد دونه ولهما ان سبب الفسخ وهو العجز قد تحقق لان من عجز عن اداء نجم واحد كان عن اداء نجمين اعجز وقد روي عن ابن عمر رضه ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج باثر علي رضه لان الآثار اذا تعارضت وجهل التاريخ تساقطت ويصار الى ما بعدها في الحجة فبقي ما قاله من الدليل المعقول سالما عن المعارض واذا عجز المكاتب بقضاء او برضاء عادت احكام رقه لانفساخ الكتابة وما في يده من الاكساب يكون لمولاه لانه ظهر انه كسب عبده وكسب العبد لمولاه وحل ما في المكاتب له اي لمولاه ولو كان اصله من صدقة فاذا كان المكاتب اخذ الصدقات شيئا فعجز فاما ان عجز بعد ادائه الى المولى او قبله فان كان الاول فهو طيب للمولى بالاجماع لان سبب الملك فيه قد تبدل لان العبد يتملكه صدقة والمولى يتملكه عوضا من العتق وتبدل السبب لتبدل العين اصل ذلك حديث بريرة رضها فيما اهديت اليها وهي مكاتبة حيث قال صلى الله عليه وسلم هي لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا اباح الفقير ما اخذه من الزكوة لغني او هاشمي فانه لا يطيب لهما لان المباح له يتناوله على ملك المبيح فلم يتبدل سبب الملك ونظيره المشتري شراء فاسدا اذا اباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه طاب له وان كان الثاني فكذلك الجواب على الصحيح وهذا عند محمد ظاهر لانه بالعجز تبدل الملك فان عنده ان المكاتب اذا عجز ملك المولى اكسابه ملكا ابتداء ولهذا اوجب نقض الاجارة في المكاتب اذا اجر امته ظئرا ثم عجز وكذا عند ابي يوسف لانه وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده فان للمولى نوع ملك في اكسابه وبالعجز يتأكد ذلك الحق ويصير المكاتب فيما مضى كالعبد المأذون ولهذا اذا اجر المكاتب امته ظئرا ثم عجز لا يوجب فسخ الاجارة لان الخبث ليس في نفس الصدقة والا لما فارقها اصلا وانما الخبث في فعل الآخذ لكونه اذلالا به وذلك لا يجوز للغني بلا حاجة ولا للهاشمي لزيادة حرمته والاخذ لم يوجد من المولى وصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في ايديهما ما اخذا من الصدقة فانه يطيب لهما وعلى هذا اذا اعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي في يده من الصدقة وانما قلنا على الصحيح لان بعض المشايخ قالوا على قول ابي يوسف لا يطيب لان المكاتب عنده لا يملك المولى اكسابه ملكا مبتدأ بل كان له نوع ملك في اكسابه وبالعجز يتأكد ذلك كما ذكرنا آنفا ولو مات عن وفاء بان مات المكاتب وله مال يفي ببدل الكتابة لا تنفسخ ويؤدي بدلها من ماله ويحكم بعتقه في آخر جزء من اجزاء حيوته ويورث ما بقي من ماله بعد ما فضل من بدل الكتابة يكون لورثته ويعتق اولاده الذين شراهم او ولدوا في حال الكتابة

كان حم

اوكونوا

اوكونوا معه تبعا او قصدا هذا قول علي وابن مسعود رضهما وبه اخذ علماؤنا وقال الشافعي يبطل الكتابة ويموت المكاتب عبدا وما ترك فهو لمولاه وهو قول زيد بن ثابت واستدل لبطلانها بان العقود انما شرعت لاحكامها فبطلان الحكم يلزمه بطلان العقد ولنا انه عقد معاوضة لا يبطل بموت احد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لاحياء الحق بل اولى لان حقه اكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه والموت انفى للمالكية منه للمملوكية فان المملوكية ضعيف والموت لا ينافيه لكونه عجزا صرفا حقيقيا وفي المالكية ضرب قوة والموت ينافيها فنزل حيا تقديرا كما انزلنا الميت حيا في حق بقاء التركة على حكم ملكه فيما اذا كان عليه دين مستغرق وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا في الثلث وان لم يترك وفاء وله ولد ولد في كتابته سعى ذلك الولد على نجومه فاذا ادى هذا الولد تمام بدل الكتابة حكم بعتقه وعتق ابيه قبل موته الولد المولود في الكتابة يسعى في كتابة ابيه على نجومه ان مات مفلسا بالاتفاق لدخوله في كتابته فكان كسبه ككسبه فيخلفه في الاداء كما لو ترك وفاء واما الولد المشترى فهو عند ابي حنيفة اما ان يؤدي حالا او يرد في الرق وليس حاله كالمولود في الكتابة عنده وعندهما هو كالاول اعتبارا بالمولود بجامع انه مكاتب عليه تبعا ولهذا لا يقدر على اعتاق عبد المكاتب وابو حنيفة فرق بين الفصلين بان الاجل يثبت شرطا في العقد فيثبت في حق من يدخل تحت العقد والمشترى لم يدخل تحت العقد لانه لم يضف اليه العقد ولا يسري حكمه اليه لانفصاله بخلاف المولود في الكتابة لانه متصل به وقتها فيسري اليه الحكم وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه فان اشترى المكاتب ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لانه لما اشتراه دخل في كتابته فلما ادى بدل الكتابة عتق المكاتب في آخر جزء من اجزاء حيوته بطريق الاستناد ولما حكم بحريته في ذلك الوقت حكم بحرية ابنه ايضا في ذلك الوقت لانه تبع لابيه في الكتابة فيكون ذلك توريث حر عن حر وكذا ان كوتب الاب والابن كتابة واحدة ومات الاب وترك وفاء ورثه ابنه لان الابن اما ان يكون صغيرا او كبيرا فان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد لاتحاد عقد الكتابة فيهما فالحكم بحرية الاب حكم بحريته في آخر جزء من اجزاء حيوته على ما مر من الاستناد وان مات المكاتب وترك ولدا من حرة وترك دينا على الناس فيه وفاء بكتابته فالكتابة باقية وولاء الولد لموالي الام اما بقاء الكتابة فلما له من المال المنتظر لان الدين باعتبار مآله مال ولكن لا يحكم بعتقه حتى يؤدي البدل وانما قيد بالدين لانه لو ترك عينا لم يأت القضاء بالالحاق بالام لامكان الوفاء في الحال واما كون الولاء لموالي الام فلانه لما لم يحكم بعتقه لم يظهر للولد ولاء في جانب ابيه فجنى هذا الولد جناية فقضي بارش الجناية على عاقلة الام لا يكون ذلك قضاء بعجز المكاتب وفسخ الكتابة لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة وكل ما يقرر شيئا لا يبطله اما انه يقرر حكم الكتابة فلان الكتابة يستلزم الحاق الولد وايجاب العقل عليهم على وجه يحتمل ان يعتق المكاتب فينجر ولاء ابنه الى مواليه لان الولاء كالنسب والنسب انما يثبت من قوم الام عند تعذر اثباته من الاب حتى لو ارتفع المانع من اثباته منه كما اذا اكذب الملاعن نفسه عاد النسب اليه فكذلك الولاء فكان ايجاب العقل من لوازمها وثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه واما ان كل ما يقرر شيئا لا يبطله فلئلا يعود على موضعه بالنقض وان اختصم موالي الام والاب في ولائه فقضي به لموالي الام فهو قضاء بعجزه يعني لو مات هذا الولد بعد الاب واختصم موالي الام وموالي الاب فقال موالي الام مات رقيقا والولاء لنا وقال موالي الاب مات حرا والولاء لنا فقضي بولائه لموالي الام فهو قضاء بالعجز وفسخ الكتابة لان هذا

الاختلاف اختلاف فی الولاء مقصودا وذلک یبتنی علی بقاء الکتابة وانتقاضها فانها اذا فسخت مات
عبدا واستقر الولاء علی موالی الام واذا بقیت واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الی موالی الاب
وهذا ای بقاء الکتابة وانتقاضها فصل مجتهد فیه فینفذ ما یلاقیه من القضاء وان جنی عبد فکاتبه سیده
جاهلا بالجنایة فعجز دفع او فدی یعنی لم یجعل السید بذلک مختارا للفداء بل یجب علیه قیمته اما الاول فلعدم
علمه بالجنایة واما الثانی فلان الدفع قد تعذر بفعله وهو الکتابة کما لو باعه غیر عالم بالجنایة فان عجز خیر المولی
بین الدفع والفداء لان احد هذین الامرین موجب جنایة العبد فی الاصل والموجب الاصلی لا یترک الا لمانع
فان الاصل عبارة عن حالة مستمرة لا تتغیر الا بامور ضروریة والمانع عنه حال الکتابة قائم اما عن الفداء فلما
مر من عدم العلم واما عن الدفع فلتعذره بالکتابة فاما اذا عجز فقد زال المانع فعاد الحکم الاصلی وکذا یعود الحکم الاصلی
لو جنی المکاتب فعجز قبل القضاء به ای بموجب الجنایة لما بینا من زوال المانع ولو عجز بعد ما قضی علیه ای علی
المکاتب به ای بموجبها فهو ای ما قضی علیه دین فی ذمته یباع المکاتب فیه اعلم ان المکاتب اذا جنی جنایة
خطاء فانه یسعی فی الاقل من قیمته ومن ارش الجنایة لان دفعه متعذر بسبب الکتابة وهو احق بکسبه
وموجب الجنایة عند تعذر الدفع علی من یکون الکسب له والواجب هو الاقل من القیمة ومن ارش الجنایة
الا یری ان فی جنایة المدبر وام الولد یجب علی المولی الاقل من قیمتهما ومن ارش الجنایة لانه احق بکسبهما هکذا
ذکره الکرخی وغیره واذا علمت هذا ظهر لک ان الحق قد انتقل بالقضاء من الموجب الاصلی وهو دفع الرقبة الی
القیمة قبل زوال المانع فاذا زال لم یعد الاصلی صیانة للقضاء وهذا قول ابی حنیفة ومحمد وقد رجع الیه ابو یوسف
وکان یقول ولا یباع فیه وان عجز قبل القضاء الان یقضی المولی عنه وهو قول زفر ولا تنفسخ الکتابة بموت
السید لان الکتابة حق المکاتب لانها سبب حریته وحریته حقه فلا تنفسخ بموت المولی کیلا یؤدی موته الی ابطال
حق غیره ویؤدی البدل یعنی یقال له اد المال الی ورثته علی نجومه ای منجما لانه استحق الحریة علی هذا الوجه
والسبب انعقد کذلک فیبقی بهذه الصفة من غیر تغییر وهذا لان المولی لما کان صحیحا صح تصرفه بتاجیل الکل
کاسقاطه بخلاف ما اذا کان مریضا وکاتب فان المکاتب یؤدی ثلثی القیمة حالا او یرد رقیقا لانه لما کان مریضا
لم یصح تصرفه بتاجیل غیر الثلث کاسقاطه فان اعتقه بعضهم ای بعض الورثة لا ینفذ عتقه لانه لم یملکه اذ
المکاتب لا یملک بسائر اسباب الملک فکذا بالارث ولهذا لا یفسد النکاح بین المکاتب وبین بنت المولی
اذا مات المولی ولا عتق فیما لا یملکه ابن آدم وان اعتقوه کلهم عتق مجانا استحسانا وفی القیاس لا یعتق لما ذکرنا
من عدم الملک وجه الاستحسان ان یعتبر اعتاقهم ابراء عن بدل الکتابة فانهم یملکونه لجریان الارث فیه واذا ابرئ
المکاتب عن جمیع بدل الکتابة عتق کما اذا ابرأه مولاه الا انه اذا اعتقه احد الورثة لا یصیر ابراء عن نصیبه
لانا نجعله ابراء اقتضاء تصحیحا لعتقه والعتق لا یثبت فی المکاتب بابراء بعض البدل او ادائه لا فی بعضه
ولا فی کله لان عتقه معلق بسقوط جمیع البدل ولهذا لو ابرأ الوارث عن بعض البدل لم یعتق شیء منه واذا
لم یمکن اثبات المقتضی لا یثبت المقتضی فلا وجه لابراء البعض وکذلک الی ابراء الکل لحق بقیة الورثة کذا فی العنایة

کتاب الولاء

اورد الولاء عقیب الکتابة لانه من اثار زوال ملک الرقبة لان المؤثر مقدم علی الاثر والولاء بالفتح
فی اللغة عبارة عن النصرة والمحبة وهو مشتق من الولی وهو القرب وحصول الثانی بعد الاول من غیر فصل
وفی عرف الفقهاء عبارة عن تناصر توجب الارث والعقل ثم الولاء یتنوع باختلاف السبب الی نوعین

الاول

الاول ولاء العتاقة ویسمی ولاء النعمة اقتفاء لقوله تعالی واذ تقول للذی انعم الله علیه وانعمت علیه ای بالاعتاق
وهو زید بن حارثة وسببه العتق علی ملکه فی الصحیح وعن اکثر اصحابنا ان سببه الاعتاق استدلالا بقوله
علیه السلام الولاء لمن اعتق وانما کان الاول صحیحا لانه لو عتق علی الرجل قریبه بالوراثة کان الولاء له ولا اعتاق
فجعل العتق سببا اولی لعمومه والثانی ولاء موالاة وسببه العقد کما سیاتی کذا فی العنایة قال جلال الدین
الخبازی والاصح ان سببه العتق علی ملکه لان الحکم یضاف الی سببه یقال ولاء العتاقة ولا یقال ولاء الاعتاق
کذا فی المبسوط انتهی قال القهستانی الولاء مسبب عن الاعتاق عند بعض المشایخ وعن العتق عند الاکثرین
وهو الصحیح کما فی المحیط وغیره الولاء لمن اعتق ولو بتدبیر او کتابة او استیلاد او وصیة او ملک قریب قال
فی الهدایة اذا اعتق المولی مملوکه کان الولاء له لقوله علیه السلام الولاء لمن اعتق وجه الاستدلال ان الحکم اذا
ترتب علی مشتق دل علی ان المشتق منه علة لذلک الحکم فان قیل الاستدلال به علی هذا الوجه یناقض جعل العتق
سببا لان اعتق مشتق من الاعتاق فالجواب ان الاصل فی الاشتقاق هو مصدر الثلاثی وهو العتق هکذا
فی العنایة فیحتمل ان یکون یرید المص بقوله الولاء لمن اعتق لهذا المعنی ویحتمل ان یرید ان سبب الولاء الاعتاق
میلا الی المذهب المرجوح واقتفاء للکنز والمجمع حیث قال وسبب ولاء العتاقة الاعتاق لاضافته الیه والحکم
یضاف الی سببه وسواء کان ببدل او بغیر بدل او للکفارة او للیمین او بالنذر وعتق القریب بالشراء
والمکاتب بالاداء والمدبر وام الولد بالموت اعتاق لان جمیع ذلک یضاف الیه فیکون من جهته فیدخل
تحت قوله علیه السلام الولاء لمن اعتق والمقصود من الولاء بنوعیه التناصر وکانت الجاهلیة یتناصرون
باشیاء منها الحلف وغیره فقرر صلی الله علیه وسلم تناصرهم بنوعی الولاء فقال مولی القوم منهم وقال حلیف القوم
منهم والمراد بالحلیف مولی الموالاة فانهم کانوا اذا عقدوا عقد الولاء اکدوه بالحلف کذا فی الاختیار واذا ثبت
الولاء للمعتق مطلقا ذکرا کان او انثی لغا شرطه ای شرط المعتق الولاء لغیره او سائبة بان یجعله حرا ولا ولاء بینه وبین
معتقه لانه شرط مخالف لما روینا من قوله علیه السلام فلا یصح ومن اعتق حاملا من زوج قن فولدت لاقل من نصف
سنة فولاء الولد له لا ینتقل عنه ابدا لان الاصل ان العتق اذا وقع علی الولد قصدا لا ینتقل ولاؤه ابدا وان وقع تبعا
لامه ثم اعتق الاب جر ولاء ابنه الی موالیه فاذا اعتق الرجل امته وولدها عتقا وولاؤهما له فان اعتق الاب بعد ذلک
لا یجر ولاءه لانه لما کان منفصلا عن الام کان مملوکا لمالک الام والعتق تناوله مقصودا فلا یتبع احدا وعلی هذا اذا
اعتقت الام وهی حامل وعتقت وولدت بعد العتق لاقل من ستة اشهر وکذا لو ولدت توأمین احدهما لاقل من
نصفها والاخر لاکثر ثم اعتق الاب رجل آخر لا ینتقل الولاء الی موالی الاب لان المولی قصد اعتاق الام والقصد الیها
بالاعتاق قصد الی جمیع اجزائها والحمل جزء منها فاذا ولدت لاقل من ستة اشهر حصل الیقین بقیامه فیه ولما کان
احد التوأمین موجودا وقت الاعتاق کان الاخر کذلک لانهما خلقا من ماء واحد ولذا لا یجوز ثبوت نسب احدهما
دون الاخر وان ولدت لاکثر من ذلک ای من نصف السنة فولاؤه له ای لمن اعتق الام ایضا لانها لما ولدت
لذلک لم یتیقن بقیام الحمل وقت الاعتاق حتی یعتق مقصودا فیعتق تبعا للام لاتصاله بها بعد عتقها فیتبعها
فی الولاء لکن ان اعتق الاب جره ای ولاء ابنه الی موالیه لان الولاء بمنزلة النسب قال علیه السلام الولاء
لحمة کلحمة النسب لا یباع ولا یوهب ولا یورث ثم النسب الی الاباء فکذلک الولاء والنسب الی موالی الام کان
ضرورة لعدم اهلیة الاب لرقه فاذا صار اهلا عاد الولاء الیه کما ان ولد الملاعنة ینسب الی قوم الام ضرورة

فاذا اكذب الملاعن نفسه عاد الانتساب اليه ولا يرجع الاولون عليهم بما عقلوا عنه قبل ذلك لان الولاء قرابة حكمية تصلح سببا للارث وليس بميراث حقيقة فيصح ثبوته اولا لمولى الامة ثم لمولى الاب ولو تزوج عجمي له مولى موالاة او لا معتقة فولدت منه فولاء الولد لمواليها يعني لو تزوج مسلم من العجم لم يعتقه احد معتقة من العرب او من غيرهم فولدت منه ولدا فولاء ولده لمواليها عند ابي حنيفة ومحمد لا لذوي ارحامه حتى لو ترك هذا الولد عمة او خالا لم يكن لهما شيء مع وجود معتق الام وعصبته وعند ابي يوسف حكمه حكم ابيه فلا يكون عليه ولاء عتاقة وانما يورث ماله بين ذوي ارحامه كما اذا كان الاب عربيا والام معتقة فانه لا يكون ولاؤه لموالي امه لان النسب الى الآباء بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه هالك معنى لانه لا يملك شيئا ولهما ان ولاء العتاقة قوي معتبر في حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا انسابهم ولهذا لم يعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوي لا يعارضه الضعيف بخلاف ما اذا كان الاب عربيا لان انساب العرب قوية معتبرة في حق الكفاءة والعقل لكون تناصرهم بها فاغنت عن الولاء والمعتق عصبة سببية والعصبة من يأخذ ما بقي من صاحب الفرض وكل الميراث عند عدمه مقدم على ذوي الارحام وذو الرحم هو كل من لا فرض له ويدخل في نسبته الى الميت انثى فالمعتق احق بالميراث من العمة والخالة لقوله عليه السلام للذي اشترى عبدا فاعتقه هو اخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك فهو خير لك وشر له ولو مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته كذا في الهداية فقوله اخوك اي في الدين فقوله ان شكرك يعني ان شكرك بالمجازاة على صنيعك فهو خير له لانه انتدب لما ندب اليه وشر لك لانه اوصل اليك بعض الثواب في الدنيا فينقص بقدره من ثواب الآخرة وان كفرك فهو خير لك لانه يبقى ثواب العمل كله في الآخرة وشر له لانه كفر النعمة وقوله كنت انت عصبته يدل على ان المراد ولم يترك وارثا هو عصبة حيث لم يقل كنت وارثه وورث النبي عليه السلام ابنة حمزة رضه على سبيل العصوبة مع قيام وارث هي بنت الميت وذلك لان النبي عليه السلام اعطى بنت الميت النصف والباقي لبنت حمزة واذا كان عصبة تقدم على ذوي الارحام وهو المروي عن علي رضه مؤخر عن العصبة النسبية فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى لان المعتق آخر العصبات لان قوله عليه السلام ولم يترك وارثا قالوا المراد به وارث هو عصبة استدلالا باثنا الحديث وبحديث بنت حمزة فيتأخر عن العصبة دون ذوي الارحام فان مات السيد ثم مات المعتق ولا وارث له من النسب فارثه لاقرب عصبة سيده على الترتيب المذكور في موضعه فيكون لابنه دون ابيه لو اجتمعا ولو ترك المولى ابنا وابن ابن آخر فميراث المعتق للابن دون ابن الابن لان الولاء للكبر هو المروي عن عدة من الصحابة عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم ومعنى الكبر القرب في العصوبة لا في السن على ما قالوا هذا عند ابي حنيفة ومحمد وهو مذهب الشافعي والقول الاول لابي يوسف فروع وفي الذخيرة واذا مات المعتق ولم يترك الا ابنة المعتق فلا شيء للبنت في ظاهر رواية اصحابنا وميراث المعتق لبيت المال وهكذا كان يفتي القاضي الامام ابو بكر الزرنجري و وصدر الاسلام وكما يثبت للمعتق ولاء معتقه يثبت ولاء معتق معتقه حتى ان من اعتق عبدا ثم العبد المعتق اعتق امة ثم ماتت الامة فميراث الامة للعبد وكذلك لو مات معتق العبد وترك ابنا ثم ماتت الامة فميراث الامة لمعتق العبد كذا في التاتارخانية وذكر الزيلعي ان بنت المعتق ترث المعتق في زماننا وكذا ما فضل من فرض احد الزوجين يرد عليه وكذا المال يكون للبنت رضاعا وعزاه الى النهاية بناء على انه ليس في زماننا بيت مال لانهم لا يضعونه موضعه كذا في الاشباه وعند ابي يوسف لابيه السدس والباقي للابن هذا قوله الاخير وهو احدى الروايتين عن ابن مسعود وبه قال شريح والنخعي فوجه القول الاخير لابي يوسف ان الولاء

يستحق

يستحق بالعصوبة والاب عصبة عند عدم الابن ووجود الابن لا يوجب حرمان الاب ولهذا لم يصر محروما عن الميراث ولهما ان اقرب العصبات يقوم مقام المعتق بعد موته في ميراثه والابن هو العصبة دون الاب واستحقاق السدس من ابنه مع وجود ابن ابنه بهذا بالفرضية لا بالعصوبة وعند استواء القرب تستوي القسمة كما اذا مات المعتق وترك ابنين صغيرا وكبيرا ثم مات المعتق فالولاء بينهما نصفان لاستوائهما في القرب الى الميت من حيث النسب وليس للنساء من الولاء الا ولاء ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن الحديث تماما او دبرن او دبر من دبرن او جر ولاء معتقهن او معتق معتقهن هذا الحديث وان كان فيه شذوذ لكنه تأكد بما روي عن كبار الصحابة كعمر وعلي وابن مسعود قالوا بمثل ذلك فصار بمنزلة المشهور ومعناه ليس للنساء شيء من الولاء الا ولاء ما اعتقنه او ولاء ما اعتقه من اعتقنه او ولاء ما كاتبنه او ولاء ما كاتبه من كاتبنه او ولاء ما دبرنه او ولاء ما دبره من دبرنه فكلمة ما المذكورة والمقدرة عبارة عن مرقوق يتعلق به الاعتاق بمنزلة سائر ما يتملك مما لا عقل له كما في قوله تعالى او ما ملكت ايمانهم وكلمة من عبارة عمن صار حرا مالكا فاستحق ان يعبر عنه بلفظ العقلاء فولاء معتقهن ومكاتبهن ظاهر وولاء معتق معتقهن ومدبر ومعتق معتقهن فيما اذا اعتقت امرأة عبدا فاشترى ذلك العبد عبدا آخر واعتقه ثم مات المعتق الثاني وليس له عصبة نسبية وقد مات قبله العبد الاول وهو عصبة فميراثه لتلك المرأة بالعصوبة من جهة الولاء وكذلك الحكم في مكاتب مكاتبها وصورة ولاء مدبر مدبرهن ان دبرت امرأة عبدا ثم ارتدت ولحقت بدار الحرب وحكم القاضي بحرية عبدها المدبر ثم اسلمت ورجعت الى دار الاسلام ثم مات المدبر ولم يخلف عصبة نسبية فلهذه المرأة عصبته وحكم مدبر هذا المدبر كذلك اذا حكم القاضي بعتق مدبرها بسبب لحاقها فاشترى عبدا ودبره ثم مات ورجعت المرأة تائبة الى دار الاسلام اما قبل موت مدبرها او بعده ثم مات المدبر الثاني ولم يخلف عصبة نسبية فولاؤه لهذه المرأة وصورة جر معتقهن الولاء ان عبدا لامرأة تزوج باذنها جارية قد اعتقها غيرها فولد بينهما ولد وهو حر تبعا لامه وولاؤه لمولى امه فان اعتقت تلك المرأة عبدها جر ذلك العبد باعتاقها اياه ولاء ولده الى نفسه ثم الى مولاته حتى اذا مات المعتق ثم مات ولده وخلف معتقة ابيه فولاؤه لها وصورة جر معتق معتقهن الولاء ان امرأة اعتقت عبدا فاشترى العبد المعتق عبدا آخر وزوجه لمعتقة غيره فولد بينهما ولد وهو حر وولاؤه لمولى امه فاذا اعتق ذلك العبد المعتق عبده جر باعتاقه اياه ولاء ولد معتقه الى نفسه ثم الى مولاته كذا في شرح السيد علي السراجية

فصل في ولاء الموالاة

أخره عن ولاء العتاقة لكونه غير قابل للتحويل كان اقوى بخلاف ولاء الموالاة فان للمولى فيه ان ينتقل قبل العقل هذا ثاني النوعين من الولاء وسببه العقد والمطلوب منه التناصر فلو اسلم فقد وقع ذكر الاسلام في عبارة بعض الفقهاء لكنه ليس بشرط بل خرج مخرج العادة قال في السراجية مجهول النسب اذا لم يكن له ولاء عتاقة لان يعقد عقد الموالاة مع معروف النسب بان يقول كن مولاي وتحمل جنايتي وجنايتك علي او لم يقل وجنايتك علي وقال مالي لك بعد وفاتي فاذا قبل الآخر صح ذلك ويدخل في هذا العقد اولاده الصغار ومن يولد بعد ذلك وبهذا تبين ان الاسلام على يده ليس بشرط لصحة الموالاة وقد صرح شيخ الاسلام في مبسوطه انما ذكره على سبيل العادة كذا في التاتارخانية عجمي على يد رجل ووالاه فقوله على ان يرثه ويعقل عنه متعلق بقوله والاه او والى غيره من اسلم على يده وذلك بان يقول واليتك على اني ان مت فميراثي لك وان جنيت فعقلي عليك وعلى عاقلتك وقبل الآخر منه صح وله شروط منها ان لا يكون له ولاء موالاة مع احد وقد عقل عنه ومنها ان لا يكون له معتق لان ولاء العتاقة اقوى فيمتنع ثبوت الاضعف ومنها ان لا يكون عربيا

[illegible]

لان العرب لا يسترقون فلا يكون عليهم ولاء العتاقة فولاء الموالاة اولى ومنها ان لا ينسب الى احد ولا يكون له نسب معروف اما نسبته غيره اليه فغير مانع ومنها ان يكون المولى عاقلا بالغا حرا حتى لا يصح موالاة الصبي والعبد والمجنون [illegible] ولو والى الصبي باذن الاب او الوصي جاز والولاء للصبي وان والى العبد باذن مولاه جاز وكان وكيلا عن مولاه ويقع الولاء للمولى لان الصبي من اهل الولاء لا العبد لان حكم الولاء العقل والارث والعبد ليس اهلا لذلك فيثبت الولاء لاقرب الناس منه وهو المولى كذا في الاختيار وقال الشافعي الموالاة ليست بشيء لان فيها ابطال حق بيت المال ولهذا لا يصح في حق وارث آخر ولهذا لا يصح عنده الوصية بجميع المال وان لم يكن للموصي وارث لحق بيت المال وانما تصح من الثلث ولنا قوله تعالى والذين عاقدت ايمانكم فآتوهم نصيبهم والآية في الموالاة وسئل رسول الله عليه السلام عمن اسلم على يد آخر ووالاه فقال هو احق الناس به محياه ومماته وهذا يشير الى العقل والارث في حالتين ولان ماله حقه فيصرف الى حيث شاء والصرف الى بيت المال ضرورة عدم المستحق لانه مستحق في المحيط واذا جنى في الاسلام جناية فعقله على عاقلة المولى الاعلى وان مات الاسفل وفي السراجية الا اذا شرط ميراث الاعلى ولا يثبت هذه الاحكام بمجرد الاسلام بدون عقد الموالاة الا على الروافض لعنهم الله كذا في التاتارخانية وهو اي مولى الموالاة موخر عن ذوي الارحام ورد عليه بانه ينبغي ان يكون الثلث للمولى كما لو اوصى بكل ماله لآخر وله وارث معروف واجيب بانه جعل بعقد الولاء وارثا عنه وفي سبب الوراثة ذو القرابة ارجح لان القرابة متفق على ثبوتها شرعا وعقد الولاء مختلف في ثبوته شرعا فلا يظهر الضعيف في مقابلة القوي فلا يظهر استحقاق المولى معه بهذا السبب في شيء من المال بخلاف الوصية بالثلث فانها خلافة في المال مقصودا فلا يمكن جعل الثلث له بطريق الوصية لانه ما اوجب له مقصودا ولا بطريق الارث لترجح استحقاق القريب عليه وما لم يعقل عنه فله ان ينقله يعني يجوز للاسفل ان ينقل ولاءه عن الاعلى الى غيره ما لم يعقل عنه قولا بحضرته وفعلا مع غيبته بان ينقل عنه الى غيره لانه عقد غير لازم اذ المطلوب منه التناصر والعقل وذلك تبرع والتبرع غير لازم ما لم يتصل به القبض والعوض كالهبة وذلك كعزل الوكيل بالقول يشترط علمه لانه عزل قصدا او بالفعل لا يشترط لانه عزل حكمي وبعد ان عقل عنه او عن ولده لا يفسخه هو ولا ولده لانه تعلق به حق الغير ولانه بمنزلة عوض ناله كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول ولده وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما ان يتحول لانهم في حق الولاء كشخص واحد وللاعلى اي يجوز للمولى الاعلى ايضا ان يتبرأ عن ولائه بحضرته لما مر من عدم اللزوم ولو اسلمت امرأة فوالت اي عقدت عقد ولاء الموالاة مع شخص او اقرت بالولاء فولدت مجهول النسب ولدا لا يعرف له اب او كان معها ولد صغير كذلك اي مجهول النسب تبعها فيه اي تبع الولد امه في الولاء عند ابي حنيفة خلافا لهما فعندهما لا يتبعها لان الام لا ولاية لها على ماله فعلى نفسه اولى وله ان الولاء كالنسب وهو نفع محض في حق صغير لا يدري له اب فتملكه الام كقبض الهبة فروع ولو اقر رجل بانه مولى عتاقة لفلان فقال فلان بل انت مولاي مولى موالاة ثبت الموالاة اتفاقا لتصادقهما على اصل الولاء والانتقال عنها لا يجوز حتى لو اقر بالولاء لآخر لم يجز عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز وكذا لو كذبه المقر في الولاء اصلا بان قال ما اعتقتك ولا اعرفك ثم اقر لغيره لا يجوز عنده خلافا لهما بخلاف ما لو اقر له بولاء الموالاة وادعى المقر له ولاء العتاقة فهو موالاة لكن له ان يتحول عنه ما لم يعقل عنه اتفاقا لان ولاء العتاقة لا يثبت بمجرد دعواه كذا في المجمع شرحه لابن ملك واذا اقر الرجل انه مولى عتاقة لفلان بن فلان وصدقه فلان في ذلك

فانه يصير

فانه يصير مولى له يعقل عنه ويرثه الا انه لو اقر انه ابن فلان او ابو فلان وصدقه فلان في ذلك يثبت النسب منه فكذا اذا اقر انه مولى موالاة لفلان وصدقه فلان في ذلك وان كان للمقر اولاد كبار وكذبوا الاب فيما اقر وقالوا ابونا مولى فلان آخر فالاب مصدق على نفسه والاولاد مصدقون على انفسهم كذا في التاتارخانية والله اعلم

كتاب الاكراه

لما كانت الموالاة تغير حال المولى الاعلى عن حرمته اكل مال المولى الاسفل بعد موته الى حله ناسب ان يذكر الاكراه عقيبها لان الاكراه يغير حال المخاطب من الحرمة الى الحل وهو في اللغة عبارة عن حمل الانسان على شيء يكرهه طبعا او شرعا وفي الاصطلاح فعل يوجد من المكره فيحدث في المحل معنى يصير به مدفوعا الى الفعل الذي طلب منه حقيقة او حكما فيدخل فيه ما اذا امر بقتل رجل ولم يهدده بشيء الا ان المامور يعلم بدلالة الحال انه لو لم يقتله لقتله الآمر او قطعه فانه اكراه كما في الذخيرة يوقعه الانسان بغيره فيفوت به رضاه بذلك الفعل رضاه المقابل بكراهته ثم الفائت الرضا به نوعان صحيح الاختيار وفاسده ويسميان بالقاصر والكامل وبغير الملجئ والملجئ وآثر اليهما بطريق الاكتفاء فكانه قال يصح اختياره او يفسد اختياره فيما يصير آلة له كالتهديد بالقتل والقطع والاختيار هو القصد الى امر مقدور للقادر متردد بين الوجود والعدم بترجيح احد الجانبين على الآخر فان استقل الفاعل في الاختيار فالاختيار صحيح والا ففاسد واما تحقق الاكراه مع الرضى فصحيح في القياس واما استحسانا فلا لانه لو هدده بحبس ابيه او ابنه او اخيه وغيرهم من ذي رحم محرم منه لبيع او هبة او غيره كان اكراها استحسانا فلا ينفذ شيء من هذه التصرفات كما في المبسوط مع بقاء اهليته اي الاكراه بقسميه الصحيح الاختيار وفاسده لا ينافي اهلية الوجوب والاداء لانهما ثابتة بالذمة والعقل والبلوغ والاكراه لا يخل بشيء منها الا ترى انه متردد بين فرض وحظر ورخصة مرة يأثم ومرة يثاب قال صاحب التوضيح المكره عليه اما فرض كما اذا اكره على شرب الخمر بالقتل او مباح كما اذا اكره على الافطار في نهار رمضان او رخص كما اذا اكره على اجراء كلمة الكفر او حرام كما اذا اكره على قتل مسلم بغير حق انتهى وشرطه اي شرط تحقق الاكراه شرعا قدرة المكره بكسر الراء اي الحامل على ايقاع ما هدد اي خوف به وان كان بعضا سلطانا كان المكره الحامل او لصا اي ظالما متغلبا غير سلطان ذكره بلفظ اللص تبركا بعبارة محمد وان اكتفى به ولذا سمي به بعض الحساد الى الخليفة وقال انما سماك في كتابه لصا فاغاظه وطلب كتابه فلم يجد كتاب الاكراه فندم على ذلك واعتذر الى محمد ورده بجميل وانما لم يجده لانه القاه ابن سماعة في بئر داره حين وقف على ذلك ثم تأسف محمد عليه اذ لم يجبه خاطره فوجده على حجر ناتئ من طي البئر فهذا من كراماته كما في المبسوط وغيره وشرطه خوف المكره بفتح الراء وهو الفاعل من وقوع ذلك بان يغلب على ظنه ان الحامل يوقع ما هدد به والحامل اعم ان يكون حقيقيا كما اذا كان حاضرا او حكميا كما اذا كان غائبا ورسوله حاضر خاف الفاعل منه خوف المرسل واما اذا غاب الرسول ايضا فلا اكراه كما في الذخيرة وكونه اي المكره بالفتح ممتنعا قبله اي قبل الاكراه عن فعل ما اكره عليه من الفعل اذ لو كان يفعله لم يكن اكراها لفوات الرضا فيكون الامتناع اما لحقه كبيع ماله واعتاق عبده واجارة داره فانه يمتنع الفاعل عن ذلك لحق نفسه او لحق آدمي آخر كاتلاف مال الغير بوجه من الوجوه او لحق الشرع كالقتل والزنا وشرب الخمر واكل الميتة والدم ونحوها وكونه المكره به اي ما هدد به متلفا نفسا حقيقيا او حكميا كتلف كل المال فانه شقيق الروح كما في الزاهدي او متلفا عضوا ولو صغيرا كالانملة فانه كالنفس حرمة او كونه موجبا غما يعدم الرضا كالضرب الشديد والحبس الذي منه الاغتمام البين الذي يراه الحاكم اذ لا مدخل للرأي في المقدار كما في الكرماني وهذا اذا لم يكن ذا منصب ومرتبة والا فضرب سوط وحبس يوم وكلام خشن اكراه كما في حق القاضي وعظيم البلد كما في النهاية وهذا اذا كان بغير حق فلو حبس بقيد بحق فاقر بمال او غيره لزمه ذلك كما في الذخيرة كذا في القهستاني فلو اكره على بيع او

شراء او اجارة او اقرار بقتل او ضرب شديد او حبس مديد فهذا اكراه يترتب عليه الحكم فان فعل ما دعي اليه ثم
زال الاكراه فحينئذ خير الفاعل بين الفسخ والامضاء لان الاكراه الجلي وغير الملجئ يعدمان الرضاء وهو شرط
لصحة هذه العقود وكذا الصحة الاقرار فلذلك صار له حق الفسخ والامضاء ثم ان تلك العقود نافذة فيثبت بها الملك
عند ائمتنا الثلاثة وكذا يملكه المشتري ملكا فاسدا ان قبضه اي قبض المبيع الذي سلمه البايع كرها وعند زفر
لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة الا يرى انه لو اجاز جاز والموقوف على الاجازة لا يفيد الملك كالبيع بشرط الخيار
ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله لان الايجاب والقبول صدر من المالك العاقل البالغ العاقل وصادف
محله وهو المال والفساد لفقد شرطه وهو التراضي قال تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض وتاثير انتفاء الشرط في
فساد العقد لا غير كانتفاء المساواة في باب الربوا فيثبت الملك عند القبض والبيع بشرط الخيار انما لا يفيده لانه
جعل العقد في حق حكمه كالمعلق بالشرط معدوم قبل الشرط فلو اعتق صح اعتاقه وكذا سائر تصرفاته التي لا يمكن
نقضها كالتدبير والاستيلاد والطلاق ولزمه قيمته اي قيمة المعتق يوم الاعتاق لانه وان نفذ العقد قبل هذا
الا انه يلزم حين العتق فيلزمه كالبيوع الفاسدة غير انه اذا باع المشتري ما اشتراه فاسدا لم يبق للبايع الاول حق
استرداده وهنا لا ينقطع بسبب الاكراه حق الاسترداد للبايع وان تداولته الايدي ولم يرض البايع بذلك
لان الفساد في البياعات الفاسدة لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم على حق الله تعالى
لحاجته اما ههنا فالرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني وقبض الثمن او تسليم المبيع طوعا
اجازة يعني اذا قبض البايع الثمن طوعا فقد اجاز البيع لانه دلالة الاجازة كما في البيع الموقوف اذا قبض الثمن
كان اجازة ولذا اذا سلم المبيع طائعا بان كان الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دلالة الاجازة ايضا لا فعلهما
اي قبض الثمن وتسليم المبيع كرها فعلى المكره رده ان كان قائما في يده لفساد العقد لانتفاء التراضي فيكون
الثمن امانة عند المكره لانه اخذه باذن المشتري والقبض اذا كان باذن المالك فانما يجب الضمان اذا قبضه
للتملك وهو لم يقبضه له لكونه مكرها على قبضه فكان امانة كذا في شروح الهداية والكافي قال قاضيخان ولو كان
المشتري مكرها دون البايع فهلك المشتري في يد المشتري ان هلك من غير تعد يهلك امانة ولو كان البايع مكرها
والمشتري غير مكره فقال المشتري بعد القبض نقضت البيع لا يصح نقضه وان نقض قبل القبض صح نقضه ولو كان
المشتري مكرها والبايع غير مكره فلكل واحد منهما حق الفسخ قبل القبض وبعد القبض يكون الفسخ للمشتري دون
البايع انتهى ولا دفع الهبة طوعا بعد ما اكره عليها يعني اذا اكره على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب كرها ودفع طائعا
يكون العقد فاسدا يوجب القبض كالهبة الصحيحة بناء على اصلنا ان فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض
فان هلك المبيع في يد مشتر غير مكره والبايع مكره لزمه قيمته للبايع لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد لعدم الرضاء
وللبايع تضمين اي شاء من المكره والمشتري يعني الفاعل بالخيار ان شاء ضمن الحامل لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف
وان لم يصلح آلة له من حيث الكلام فان التكلم بلسان الغير لا يتصور فكان الحامل دفع مال البايع الى المشتري وان
شاء ضمن المشتري لان الهلاك حصل عنده فكان كل واحد منهما احدث سببا للضمان كغاصب وغاصب
الغاصب فان ضمن المكره بالكسر رجع المكره على المشتري بقيمته لقيامه مقام البايع باداء الضمان وان ضمن المشتري
نفذ ما تداولته البياعات نفذ كل شراء وقع بعد شرائه لانه ملكه بالضمان فظهر انه باع ملكه الا ما وقع قبله لان
الاستناد الى وقت قبضه وان اجاز المالك المكره عقدا منها جاز ما قبله ايضا اي كما جاز ما بعده لانه اسقط

حقه بالاجازة

حقه بالاجازة وهو المانع فعاد الكل الى الجواز نظيره اشترى دارا ولها شفيع فباع المشتري حتى تفاسخته
البيوع واجاز الشفيع واحدا منه فانه يجوز الكل فكذلك الراهن اذا باع حتى تفاسخته العقود ثم اجاز المرتهن
واحدا من العقود فانه يجوز الكل بخلاف الفضولي اذا باع وتفاسخت البيوع واجاز المالك واحدا يجوز ما اجازه
بعينه لانه باع كل واحد منهم ملك غيره وههنا باع واحد ملكه لان بيع المكره يوجب الملك وعند اختيار تضمين
احد الباعة انفسخ العقد الذي جرى بينه وبين بايعه لانه يملك المشتري بالقيمة من جهة المكره فلا يجوز ان يتملك
من غيره بالثمن ثم ما حصل من البياعات قبل سبب الضمان حصل قبل الملك وما حصل بعده حصل بعد الملك لانه
انما يضمنه بالقبض من البياعات فكانت بعده كذا في الخبازي ولا استرداده اذا فسخ لو باقيا لفساد
العقد قال قاضيخان ولو باع مكرها فقبض المشتري وباعه من غيره وترادفت عليه العقود فللبايع ان يفسخ
فان اجاز واحدا من العقود جازت العقود كلها ما قبله وما بعده ولو اعتق المشتري الاخير قبل اجازة البايع الاول
جاز العتق على الذي اعتق قبض ولم يقبض فان اجاز البايع البيع الاول بعد ذلك لا يصح اجازته وكان له
الخيار ان شاء ضمن المشتري الاول وان شاء غيره فان ضمن المشتري الاول جازت البياعات كلها وان
ضمن غيره يجوز كل بيع بعد ذلك ويبطل كل بيع كان قبله انتهى وضرب سوط وحبس يوم او قيد يوم ليس
باكراه لانه لا يبالي به عادة فلا يعدم الرضاء الا فيمن يستضر به لكونه ذا منصب وشرف فان الاجلة والكبراء العلماء
والشرفاء يستنكفون عن ضرب سوط واحد وعن حبس يوم واحد اكثر ما يستنكف غيرهم عن ضرب اسواط
وحبس ايام او تحريك اذن فيكون ذلك اكراها في حقهم لوجود العلة وهو فوات الرضاء وان اكره على كل ميتة او
دم او لحم خنزير او شرب خمر بضرب يسير لا يخاف به تلف النفس او العضو ولو انملة لان حرمة الاعضاء كحرمة النفس
ولذا لا يباح قطع العضو حالة المخمصة ولو خوفوه بالجوع لا يفعل حتى يجوع جوعا يخاف منه التلف فيصير كالمضطر كذا في الاختيار
او حبس او قيد يسير لان الكلام في بيان غير الملجئ لا يحل التناول وان اكره على ذلك بان يهدده بقتل او بقطع
عضو حل التناول ويأثم بصبره على التلف لانه لما ابيح من حيث ان حرمة هذه الاشياء كانت باعتبار خلل يعود الى
البدن او العقل او العرض وحفظ ذلك مع فوات النفس غير ممكن كان بالامتناع عن الاقدام معاونا لغيره على
اهلاك نفسه فيأثم ان علم الاباحة قيد به احترازا عن قول ابي يوسف انه لا يأثم بالصبر لان الحرمة بصفة انها ميتة
او خمر قائمة فاذا امتنع كان اخذا بالعزيمة قلنا لا نسلم ان الحرمة قائمة لان الله تعالى استثنى حالة الاضطرار فقال وقد فصل
لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم والاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا فكان لبيان ان المستثنى لم يدخل في صدر الكلام
فلا محرم فكان اباحة لا رخصة فامتناعه عن التناول كامتناعه عن تناول الطعام الحلال حتى تلفت نفسه او
عضوه وهذا معنى قوله كما في المخمصة فكان اثما لكنه انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة
خفاء لانه امر يختص بمعرفة الفقهاء فيعذر او سقط الناس بالجهل بالخطاب في اول الاسلام او في دار الحرب
ثم الاضطرار يحصل بالملجئ فاعلم ان الملجئ يمتاز عن غيره بغلبة الظن لان بدن الانسان في احتمال الضرب والالم
متفاوت وليس فيه نص مقدر فيعتبر فيه غالب رأي من ابتلي به ولا معتبر بمن قدر في ذلك ادنى الحد وهو
اربعون فقال ان تهدد باقل منها لم يسعه الاقدام لان الاقل مشروع بطريق التعزير والتعزير يقام على
وجه الزجر لا الاتلاف لان ذلك نصب المقدار بالرأي وهو لا يجوز كذا في العناية لم يقدر محمد في ذلك مقدارا
بل فوض ذلك الى المكره على الضرب وهو الصحيح فان هدده بمقدار يخاف على نفسه التلف او عضوا من اعضائه

يحل له التناول قال فان هدده بضرب سوطا وسوطين لا يحل له التناول الا ان يقول ليضربنك على عينيك او على المذاكير لان ضرب السوط والسوطين على مثل هذا العضو قد يفضي الى تلفه كذا في التاتارخانية وان اكره على الكفر بالله تعالى اعلم ان كل ما لا يعتبر اكراها في تناول الميتة والخمر لا يعتبر اكراها في اجراء كلمة الكفر على اللسان لان حرمة الكفر اشد فاذا اكره على ذلك بما لا يخاف به على النفس او العضو لا يصح الاقدام عليه واذا خاف على ذلك جاز له ان يظهر ما امروه به من اجراء كلمة الكفر لكنه يوري والتورية ان يظهر خلاف ما يضمر ثم لو قال الذي اكره على اجراء كلمة الكفر اخبرت عن امر ماض ولم اكن فعلت بانت منه امراته قضاء لا ديانة لانه اقر انه طائع باتيان ما لم يكره عليه لانه اكره على الانشاء دون الاقرار ومن اقر بالكفر طائعا ثم قال عنيت به الكذب لا يصدقه القاضي لانه خلاف الظاهر اذ الظاهر هو الصدق حالة الطواعية لكنه يصدق ديانة لانه ادعى ما يحتمله لفظه ولو قال اردت ما طلب مني من الكفر وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت قضاء وديانة لانه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره لانه لما خطر هذا بباله امكنه الخروج عما ابتلي به بان ينوي ذلك والضرورة قد اندفعت بهذا الامكان فاذا لم يفعل وانشأ الكفر كان كمن اجرى كلمة الكفر طائعا على وجه الاستخفاف مع علمه بانه كفر فتبين امراته قضاء وديانة كذا في العناية او على سب النبي عليه السلام بقتل نفس او قطع عضو رخص له اظهاره اي اظهار ما امر به وقلبه مطمئن بالايمان ويوجر بالصبر على التلف لما روي ان خبيبا بن عدي الانصاري وعمار بن ياسر ابتليا بذلك فصبر خبيب ولم يظهر الكفر بل عمل بالعزيمة حتى قتل وصلب فسماه عليه السلام سيد الشهداء وقال هو رفيقي في الجنة ولانه بذل مهجته وجاد بروحه تعظيما لله تعالى واعلاء لكلمته ولم يظهر بكلمة الكفر فصار شهيدا كمن بارز بين الصفين مع علمه بانه يقتل وانه يكون شهيدا واما عمار فاخذ بالرخصة واظهر لهم ما ارادوه ثم جاء به الى رسول الله عليه السلام وهو يبكي فقال عليه السلام له ما وراءك فقال له شر نلت منك وذكرت آلهتهم بخير فقال كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان فجعل عليه السلام يمسح عينيه وقال فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان فقوله عليه السلام فان عادوا فعد اي ان عاد الكفار الى الاكراه فعد انت الى مثل ما اتيت به اولا من اجراء كلمة الكفر بشريطة اطمينان القلب بالايمان فينبغي ان يحمل الامر في الحديث على الترخيص لا على الاباحة فان الكفر لا يحتمل الاباحة بحال فانه محظور في جميع الاوقات لقيام دليل الحرمة والترخيص من مدلولات الامر وآثار الخطاب قال العلامة النسفي في اول كتاب الطلاق من الكافي الامر بالشيء لا ينفي الحظر فان المحظور قد يرخص بصيغة الامر حتى لا يقع في محظور فوقه كالحنث في اليمين وقطع الصلوة الى اخر ما ذكره هناك وقال التفتازاني في التلويح ما اكره عليه اما فرض او مباح او رخصة او حرام وكل ذلك من آثار الخطاب فالترخيص الذي هو ادنى درجات الامر لا تقابل الحرمة بل يجامعها والفرق بين هذا وبين ما مر من اكل الميتة وبين شرب الخمر ان مثل اكل الميتة يحل عند الضرورة لما عرفت من ارتفاع الحرمة حالة الاضطرار بالاستثناء بخلاف التكلم بكلمة الكفر فانه لا يحل اصلا فضلا عن حل الكفر واباحته لكنه رخص اظهار كلمته بالملجئ مع اطمينان القلب بالايمان ومن هذا القبيل سب النبي عليه السلام وترك الصلوات الخمس وكل ما يثبت فرضيته بالكتاب والسنة ذكره في الاختيار ولا رخصة بغيرهما اي بغير قتل النفس وقطع العضو من الضرب والحبس والقيد لعدم تحقق الاضطرار بدونهما وان اكره على اتلاف مال مسلم باحدهما من القتل والقطع رخص له لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حال المخمصة وقد تحققت والضمان على المكره بكسر الراء لان الفاعل

آلة له

[illegible]

آلة له فيما يصلح آلة له والاتلاف من هذا القبيل لان المكره يمكنه ان يأخذ المكره ويلقيه على المال فيتلفه وقولنا فيما يصلح احتراز عن الاكل والتكلم والوطء فان فيها لا يصلح آلة له او اكره بالقتل على قتله اي على قتل المسلم او قطع عضوه لا يرخص بل يصبر حتى يقتل فان قتله كان آثما لان قتل المسلم بغير حق مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بالاكراه وبهذا لا نزاع فيه كذا في العناية وكذا لو اكره على سب المسلم او ايذائه وضرب الوالدين ضربا جارحا لان الظلم حرام شرعا وعقلا لا يستباح بحال ولا بوجه ما كذا في الاختيار وان فعل اي قتل فالقصاص في العمد واجب على المكره بكسر الراء فقط عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف لا قصاص على احد من الحامل والفاعل وعند الشافعي يجب عليهما جميعا وعند زفر على الفاعل فقط له ان الفعل من الفاعل حقيقة لصدوره منه بغير واسطة حسا فانه معاين مشاهد وكذا شرعا لانه قرر عليه حكمه وهو الاثم وايجاب القصاص على غيره غير معقول وغير مشروع بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فلم يكن مقررا عليه فجاز اضافته الى غيره وبهذا تمسك الشافعي في جانب الفاعل ويوجبه على الحامل لوجود السبب الى القتل منه وللسبب في القتل حكم المباشرة عنده كما اذا شهدوا على رجل بالقتل العمد فاقتص من المشهود عليه فجاء المشهود بقتله حيا فانه يقتل الشاهد عنده للسبب ولابي يوسف ان القتل الحاصل من المكره يحتمل الاقتصار عليه والتعدي الى غيره نظرا الى دليل زفر وابي حنيفة ومحمد لان تأثيمه الشارع يدل على تقرر الحكم وقصره عليه وكونه محمولا على الفعل يدل على انه كالآلة والفعل ينتقل عنه وكل ما كان كذلك كان شبهة والقصاص يندفع بها ولهما انه محمول على القتل بطبعه ايثارا للحيوة والمحمول على الفعل بالطبع آلة لان الآلة هي التي تعمل بالطبع كالسيف فان طبعه القطع عند الاستعمال في محله فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بان يلقيه عليه والفعل يضاف الى الفاعل لا الى الآلة ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه فبقي الفعل في حق الاثم مقصورا عليه كما نقول في الاكراه على الاعتاق فان اعتاقه ينتقل في حق الاثم مقصورا عليه كما نقول في الاكراه الى المكره من حيث الاتلاف حالة العبد حتى وجب عليه قيمة العبد ويقتصر عليه من حيث التكلم فانه لو انتقل اليه من حيث التكلم لصار معتق العبد وكما نقول في اكراه المجوسي على ذبح شاة الغير فان الفعل ينتقل الى المكره من حيث الاتلاف دون الذكوة حتى يحرم كذا هنا واذا ظهر ان المكره آلة للمكره في القتل ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين من اصابته مخمصة فقتل انسانا واكل لحمه حتى بقي هو حيا ايثارا للحيوة بطبعه فانه يجب عليه القصاص وان كان مضطرا كالمكره لانه ليس ثمة من يكون آلة له فيضاف الى نفسه كذا في العناية ولو اكره بالقتل على ان تردى اي يسقط نفسه من جبل ففعل اي اسقطها منه فمات فديته على عاقلة المكره عند ابي حنيفة لانه في معنى القتل بالمثقل وفيه كان يجب الدية على العاقلة كذا هنا وعند ابي يوسف في ماله اي الدية عند ابي يوسف في مال القاتل لان القتل الحاصل بالاكراه لا يوجب القصاص عنده وعند محمد عليه اي على المكره القصاص لان القاتل بالمثقل كان يوجب القصاص عنده ولو اكره بقتل قيد به لانه لو اكره بالعصا ليس له الاقدام اتفاقا على تردى اي على سقوط من مكان عال او اقتحام اي دخول نار او ماء وكل اي كل واحد من هذه الثلاثة مهلك قيد به لانه لو لم يكن مهلكا لكان له الاقدام اتفاقا فله الخيار في الاقدام والصبر عند ابي حنيفة وقالا يلزمه الصبر لهما انه لو القى نفسه صار مباشرا في اهلاكها فوجب الصبر تحرزا عنه وله انه ابتلي بين بليتين متساويتين في الافضاء الى الاهلاك فيتخير ثم اذا القى نفسه في نار ونحوه فعلى المكره القصاص لانه مضطر الى الالقاء وعندهما لا قصاص لانه مختار في القاء نفسه فلو وقعت

في سفينته ان صبر احترق وان القى نفسه غرق فله الخيار عند ابي حنيفة الامام وعند محمد يلزمه الثبات ووجههما ظاهر
مما سبق وان اكره الرجل على طلاق امراته والنكاح كالطلاق فان كان بمهر المثل او اقل لم يرجع بشئ لانه وصل
اليه عوض ما خرج من ملكه وان كان اكثر من مهر المثل بطلت الزيادة لان الرضاء شرط للزوم الزيادة وقد فات
وان اكرهت المراة فان كان الزوج كفوا بمهر المثل جاز ولا يرجع بشئ لما بينا وان كان اقل فالزوج اما ان يتم
لها مهر المثل او يفارقها ولا شئ عليه ان لم يدخل بها لان الفرقة جاءت من قبلها حيث لم يرض بالمسمى وان
دخل بها وهي مكرهة فلها مهر مثلها وان كانت طائعة فهي رضي بالمسمى ويبقى الاعتراض عند ابي حنيفة على ما
عرف كذا في الاختيار او اعتاق عبده لغيره تو لا حتى لو كان ذلك فعلا كما اذا اشترى ذا رحم محرم منه كرها لا يرجع
المكره على المكره بالقيمة لانه حصل له عوض وهو صلة الرحم ذكره في البدايع او على توكيل اخر بهما اي بالطلاق والاعتاق
ففعل نفذ ما اكره عليه عندنا خلافا للشافعي فان تصرفات المكره كلها باطلة الا ان يكون مكرها بحق وقد مر دليل
الفريقين في الطلاق ويرجع الفاعل بقيمة العبد على المكره لانه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف فيضاف اليه
فيضمنه موسرا كان او معسرا ولا سعاية عليه اما وجوب الضمان ففيما اذا قال المكره اردت بقولي هو حر
عتقا مستقلا كما طلب مني فانه يعتق العبد قضاء وديانة ويضمن المكره قيمة العبد لانه اتى بما امر به على وفق ما
اكره به وكذا اذا قال لم يخطر ببالي سوى الاتيان بمطلوبه وان قال خطر ببالي الاخبار بالحرية فيما مضى كاذبا واردت
ذلك لا انشاء الحرية عتق العبد قضاء لا ديانة لانه عدل عما اكره عليه فكان طائعا في الاقرار فلا يصدقه القاضي
في دعوى الاخبار كاذبا ولا يضمن المكره شيئا لان العبد عتق بالاقرار طائعا لا بالاكراه فان قيل ينبغي ان لا يضمن
المكره لانما تلف بعوض وهو الولاء والاتلاف بعوض كلا اتلاف فالجواب انا لا نسلم ان الولاء عوض لان سببه
العتق على ملك المولى فكيف يكون المكره معوضا عما اتلفه بما لا تعلق له به اصلا سلمناه ولكن انما يكون كلا اتلاف
اذا كان العوض مالا كما لو اكرهه على اكل طعام الغير فاكل منه فانه لا ضمان على المكره لانه حصل للمكره عوض او في
حكم المال كما في منافع البضع اذا اتلفها مكرها لان منافعه تقدم مالا عند الدخول والولاء ليس كذلك لانه بمنزلة النسب
الا يرى انه اذا شهدا بالولاء ثم رجعا لا يضمنان واما عدم السعاية فلانها انما تجب للتخريج الى الحرية كما هو مذهب
ابي حنيفة ان المستسعى كالمكاتب وقد خرج فلا يمكن تخريجه ثانيا او لتعلق حق الغير بالعبد ولم يتعلق بالعبد
حق فلم يوجد شئ من موجبي السعاية بخلاف ما اذا كان العبد مرهونا فاكره الراهن على اعتاقه فانه يجب على العبد
السعاية لتعلق حق الغير وهو المرتهن به وكذا يرجع بنصف المهر لو كان الطلاق قبل الدخول فيما اذا اكره
على طلاق امراته وقد سمى لها مهرا الا انه لم يدخل بها وان لم يسم رجع على المكره بما لزمه من المتعة لان العلة في الكل
واحدة وهي الاتلاف لان ما على الزوج كان على شرف السقوط بان جاءت الفرقة من قبلها بتمكين ابن الزوج
منها بغير اكراه او بالارتداد العياذ بالله وما كان عليه تاكد بالطلاق مكرها فما كان على شرف السقوط تاكد به
والتاكيد شبيه بالايجاب فكانه اوجب على المكره ذلك ابتداء فيضاف الى المكره من حيث انه اتلاف بخلاف
ما اذا دخل بها لان المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق فبقي مجرد اتلاف ملك النكاح وهو ليس بمال عند الخروج
فلا يضمن بمال كما اذا رجع الشاهدان بعد الشهادة بالطلاق بعد الدخول فانهما لا يضمنان وصح يمين
المكره شروع لبيان ما يعمل فيه الاكراه وما لا يعمل وضابط ذلك ان كل ما لا يؤثر فيه الفسخ بعد وقوعه لا يعمل
فيه الاكراه من حيث منع الصحة لان الاكراه يفوت الرضاء وفوات الرضاء في عدم اللزوم وعدم اللزوم يمكن المكره

تمام الفسخ

من الفسخ بعد التحقق فما لا يحتمل الفسخ لا يعمل فيه الاكراه فلو اكره على يمين فحلف صحت وانعقدت وكذا النذر
بان اكره على ان يوجب على نفسه صدقة مثلا لزمه ذلك لا يرجع به على المكره بما لزمه لانه غير مطالب به في الدنيا
فلا يطالب به غيره فيها وكذا ظهاره ولا يرجع بما غرم بسبب ذلك المذكور ورجعته وايلاؤه وفيئه فيها اي في
الايلاء باللسان لانها تصح مع الهزل فلا يحتمل الفسخ فان اكره على اعتاق عبد عن كفارة اليمين او الظهار ففعله
اجزاه عنها ولا يرجع على المكره لانه امره بالخروج عما لزمه وذلك منه حسبة لا اتلاف بغير حق وان عين عبدا لذلك
ففعل عتق ولم يجز عن الكفارة ويرجع على المكره بقيمته لانه اتلف عليه مالية العبد حيث لم يكن بعينه مستحقا
عليه واذا ثبت له الرجوع لم يكن كفارة لانها ليست بمضمونة على احد وان ترك التي آلى منها اربعة اشهر حتى بانت
ولم يكن دخل بها وجب عليه نصف المهر ولا يرجع به على المكره لانه كان متمكنا من القربان في المدة فاذا لم يفعل كان ذلك
رضا منه بما لزمه من الصداق وان قربها وكفر لم يرجع على المكره بشئ لانه اتى بضد ما اكره عليه واذا اكره على ان
يخالع امراته ففعل صح الخلع لانه من جانب الزوج طلاق والاكراه لا يمنع وقوع الطلاق بلا بدل فكذا ببدل وصح اسلامه
بالاكراه لانه لما احتمل ان يكون لفظه يوافق اعتقاده واحتمل ان لا يكون رجحنا الاسلام لان الاسلام يعلو ولا
يعلى قال في الهداية هذا في حق الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقد الاسلام فليس بمسلم وكان هذا اشارة
الى ما قاله الامام ابو منصور الماتريدي وهو المنقول عن ابي حنيفة ان الايمان هو التصديق والاقرار باللسان شرط
اجراء احكام الاسلام وليس ذلك مذهب اهل اصول الفقه فانهم يجعلون الاقرار ركنا كذا في العناية لكن لا يقتل
فيه لو ارتد يعني لو اكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن شبهة عدم الارتداد لجواز ان يكون التصديق
غير قائم بقلبه عند الشهادتين والشبهة دارئة للقتل ولا يصح ابراؤه اي ابراء المكره مديونه او كفيله ولا يصح ردته
فلا تبين بها امراته لان الردة بتبدل الاعتقاد الا ترى انه لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لم يكفر وفي تبدله شك
وكان الايمان ثابتا بيقين فلا تثبت الردة بالشك ولا ما يترتب عليها من بينونة امراته فان ادعت تحقق ما اظهره
وادعى ان قلبه مطمئن بالايمان صدق يعني لو قالت المراة قد بنت منك وقال الزوج قد اظهرت ذلك وقلبي مطمئن
بالايمان فالقول قوله استحسانا وفي القياس القول قولها فتقع الفرقة لان التكلم بكلمة الكفر سبب لحصول البينونة
كالتكلم بالطلاق فيستوي فيه الطائع والمكره كما في الطلاق وجه الاستحسان ان كلمة الكفر غير موضوع للفرقة بل
دلالة اللفظ عليها من حيث ان اللفظ دليل وترجمة لما في القلب فانه دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالته
عليها دلالة مجازية ومع الاكراه لا يدل على التبدل فضلا عن ان يكون صريحا فيه يقوم لفظه مقام معناه فلهذا كان
القول قوله ولو اكره على الزنا ففعل اي فزنى حد ما لم يكرهه السلطان قال ابو حنيفة اولا ان اكره احد على الزنا
فزنى وجب عليه الحد لان الزنا من الرجل لا يتصور الا بانتشار آلته وذلك لا يكون الا بلذة وذلك دليل الطواعية
بخلاف المراة فانها محل الفعل ومع الخوف يتحقق التمكين منها فلا يكون التمكين دليل الطواعية ثم رجع وقال لا حد
عليه اذا كان المكره هو السلطان لان الحد للزجر ولا انزجار مع الاكراه لان الانزجار كان حاصلا الى ان حصل
خوف التلف على نفسه فكان قصده بهذا الفعل دفع الهلاك عن نفسه لا قضاء الشهوة فيصير ذلك شبهة
في اسقاط الحد عنه وانتشار الآلة لا يدل على عدم الخوف لانه امر طبيعي ينتشر من النائم من غير اختيار وهذا وجه كونها
انه لا يلزم الحد عنده [illegible] في كل موضع وجب الحد على المكره
لا يجب لها المهر لان الحد والمهر لا يجتمعان عندنا بفعل واحد في كل موضع سقط الحد وجب المهر لان الوطء في غير

لان سلطان الكل القدرة فلو تمكن من غيره الا السلطان لم يعد ذلك تغير [illegible]

الملك لا ينفك عن احدهما فاذا سقط الحد وجب المهر اظهارًا لخطر المحل سواء كانت مستكرهة على الفعل او اذنت له
بذلك اما الاول فظاهر لانها لم ترض بسقوط حقها واما الثاني فلان الاذن له ليس لمحل الوطء فكان اذنها لغوا
لكونها محجورة عن ذلك شرعًا وعندهما لا حد عليه وقد عرف وجههما ايضا آنفا وبه اي بما عندهما من عدم وجوب
الحد على الزاني مكرها مطلقا يفتى وذلك لان دليله راجع الى دليلهما متحد معه في المآل كما اشار اليه صاحب العناية
حيث قال وهذا وجه قولهما انه لا يلزم الحد عليه فتدبر وقيل هو من قبيل اختلاف الحكم بهما لا ان المعتبر في الاكراه كونه ملجئا
وذلك بقدرة المكره على الايقاع وخوف المكره كما مر وذلك قد يكون من غير السلطان اكثر تحقيقا لان السلطان يعلم
انه لا يفوته فهو ذو اناة وغيره يخاف الفوت بالالتجاء الى السلطان فيعجل في الايقاع ولان المكره يعجز عن دفع
السلطان عن نفسه اذ ليس فوقه من يلتجئ اليه ويقدر على دفع اللص بالالتجاء الى السلطان فان اتفق في موضع
من المصر لا يتمكن من ذلك فهو نادر لا حكم له شرعًا كذا في العناية قال الاتقاني الاكراه من غير السلطان لو كان في غير
المصر اعتبر بالاجماع انتهى كذا في حاشية سعدي چلبي ثم لما كان الاختلاف على هذا الوجه مذكورا في مسئلة الزنا ظن
بعض مشايخنا ان الاختلاف بينهم في الزنا خاصة فاما في غيره من الاحكام فاكراه غير السلطان واكراه السلطان
سواء عندهم ومنهم من قال الخلاف في الزنا وفي غيره من الاحكام ايضا سواء الزنا وفي الخانية وفي قول صاحبيه
يتحقق الاكراه من كل متغلب يقدر على تحقيق ما هدد به وعليه الفتوى وفي فتاوى آهو ذكر شمس الائمة الحلواني
الاكراه من غير السلطان انما يتحقق بالاجماع اذا لم يتمكن الاستعانة من غيره اما اذا كان يتمكن فهو على الاختلاف
عند ابي حنيفة لا يتحقق وعندهما يتحقق كذا في التاتارخانية فعلم ان كون الفتوى بقولهما ليس مخصوصا بمسئلة الاكراه
على الزنا كما يتوهم من عبارة المصنف ههنا بل الفتوى على قولهما في تحقق الاكراه من غير السلطان كما صرح به في فتاوى
قاضيخان والخلاصة كيف وقد بنى المصنف في بيان شرط الاكراه على قولهما حيث قال وشرطه قدرة المكره على ايقاع
ما هدد به سلطانا كان او لصا فتأمل في المباحث والله الهادي كتاب الحجر اورد الحجر عقيب الاكراه لان
في كل منهما سلب ولاية المختار عن الجري على موجب اختياره الا ان الاكراه لما كان اقوى تأثيرا لان فيه سلبها
عمن له اختيار صحيح وولاية كاملة كان احق بالتقديم وهو حسن لكونه شفقة على خلق الله تعالى وهو احد قطبي امر الدين
والآخر التعظيم لامر الله تعالى هو لغة المنع ومنه حجر الكعبة لانه مانع من الدخول فيها وسمي الحرام حجرا لانه ممنوع عن
التصرف فيه وعرفا منع نفاذ تصرف قولي في حق شخص مخصوص ولذا قال واسبابه اي الحجر شرعا ثلاثة الصغر
والجنون المغلوب والرق وألحق بها المفتي الماجن والمتطبب الجاهل والمكاري المفلس بالاتفاق وذلك
لان الصغير والمجنون لا يهتديان الى المصالح ولا يعرفانها فناسب الحجر عليهما والعبد تصرفه نافذ على مولاه
فلا ينفذ الا باذنه وتقييد التصرف بالقولي احترازا عن الفعلي فانهم لا يحجرون عن التصرف الفعلي فاذا فعلوا
شيئا يؤاخذون بموجبه في الحال وسيأتي تحقيق الفرق ولكن قال ابن كمال الحجر منع حكمي للرقيق عن نفاذ
تصرفه الفعلي الضار واقراره بالمال في الحال وللصغير والمجنون عن اصل التصرف القولي ان كان ضررا محضا
وعن وصف نفاذه ان كان دائرا بين الضرر والنفع فلو اتلف العبد مال الغير لا يؤاخذ به في الحال انما يؤاخذ
به بعد العتق صرح به في البدائع انتهى فلا يصح تصرف صبي او عبد بلا اذن ولي للصبي او سيد للعبد اعلم
ان الصبي الذي لا يعقل اصلا لا يصح تصرفه لعدم الاهلية اصلا واما الذي يعقل فان اذن له الولي جاز تصرفه لان
اذن الولي له دليل اهليته اذ الظاهر ان الولي ما اجازه ذلك الا لمصلحة راجحة نظرا له فلا يخرج عن الاهلية واما

العبد فله نوع اهلية لكن حجر عليه لرعاية حق المولى كيلا يتعطل عليه منافع عبده فانه لو لم يثبت الحجر لنفذ البيع باشره
وشراؤه فيلحقه ديون فيأخذ اربابها اكسابه التي هي منفعة المولى وحقه وذلك تعطيل لها عنه وكيلا يملك رقبته
بتعلق الدين بها اذا لم يكن له كسب غير ان المولى اذا اذن فقد رضي لفوات حقه ولا تصرف المجنون المغلوب
بحال ما اي بحيث لا يفيق ولا يزول عنه ما به من الجنون قويا كان او ضعيفا فانه لا يجامعه اهلية ما بخلاف ما اذا لم
يكن مغلوبا بل يجن ويفيق ويعقل البيع ويقصده فان تصرفه كتصرف الصبي العاقل فان تصرفه فيما يتردد
بين الضرر والنفع ينعقد موقوفا كما اشار اليه بقوله ومن عقد منهم عقدا يدور بين النفع والضرر لان
الذي يتمحض نفعا كقبول الهبة نافذ والذي يتمحض ضررا كالهبة لا ينعقد اصلا وهو يعقله اي يعقل ان البيع
سالب والشراء جالب ويقصده فوليه مخير بين ان يجيزه اذا رأى فيه مصلحة او ان يفسخه لان التوقف في
العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه ومن اتلف منهم اي من الصبي والعبد
والمجنون شيئا لغيره فعليه ضمانه لما عرفت ان الحجر منع النفاذ عن التصرف القولي لا الفعلي وذلك لان الافعال
لا مرد لها حتى ان طفلا ابن يوم لو انقلب على قارورة انسان فكسرها وجب عليه الضمان في الحال وكذلك العبد
والمجنون اذا اتلفا شيئا لزمهما الضمان في الحال لان الافعال توجد حسا ومشاهدة ويحصل بها الاتلاف والاتلاف
بعد الحصول لا يمكن ان يجعل كلا اتلاف بخلاف الاقوال لان اعتبارها حال كونها موجودة حاصل بالشرع والقصد
من شرط ذلك الاعتبار وليس للصبي والمجنون قصد لقصور العقل فينتفي المشروط بدونه واما في العبد فالقصد وان
وجد منه لكنه غير معتبر للزوم الضرر على المولى بغير اختياره فان قيل الاقوال موجودة حسا ومشاهدة فما بالها شرط
اعتبارها موجودة شرعا بالقصد دون الافعال فالجواب من وجهين احدهما ان الاقوال الموجودة حسا ومشاهدة
ليست عين مدلولاتها بل هي دالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله في الدلالات اللفظية فيمكن ان يجعل
القول الموجود بمنزلة المعدوم بخلاف الافعال فان الموجود منها عينها فبعد ما وجدت لا يمكن ان يجعل غير موجودة
والثاني ان القول قد يقع صدقا وقد يقع كذبا وقد يقع جدا وقد يقع هزلا فلا بد من القصد الا يرى ان القول من الحر
العاقل البالغ اذا وجد هزلا لم يعتبر شرعا فكذا من هذه الثلاثة بخلاف الفعل فانه حيث وقع وقع حقيقة فلا يمكن
تبديله الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص يجعل عدم القصد في ذلك شبهة
دارئة لما يترتب عليه من الحدود والقصاص كذا في العناية ولا يصح اي لا ينفذ طلاق الصبي والمجنون ولا اعتاقهما ولا
اقرارهما لقوله عليه السلام كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه والاعتاق يتمحض مضرة لا محالة وكذا الاقرار وكذا
سائر العقود لرجحان جانب الضرر نظرا الى سفههما وقلة مبالاتهما وعدم قصدهما المصالح وصح طلاق العبد
لقوله عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيئا الا الطلاق واقراره في حق نفسه لاهليته لا في حق سيده فلو اقر
العبد بمال لزمه بعد عتقه لعجزه في الحال وصار كالمعسر ولا يلزمه في الحال لانه اقرار على غيره وهو المولى لما انه وما في
يده ملك المولى واقرار المرء على غيره لا يقبل فاذا اعتق زال المانع فيتبع به لوجود سببه عن اهلية قال قاضي
خان العبد المحجور اذا اقر باستهلاك مال انسان فانه لا يؤاخذ به في الحال فاذا اذن له مولاه في التجارة بعد ذلك
يسأل عما اقر به فان قال ما اقررت به كان حقا يؤاخذ به في الحال وان قال كان باطلا لا يؤاخذ انتهى وان اقر
بحد او قود لزمه في الحال لان العبد في حق العبد وايجاب الدم عليه مبقي على اصل الحرية ولهذا لا ينفذ اقرار المولى
عليه بذلك ولا استباح باباحته ولا حجر على السفيه ما لا وان للوصل كان مبذرا السفه خفة تعتري الانسان

اما فرحا او غضبا فيحمله على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير
المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع قال ابو حنيفة لا يحجر على الحر البالغ العاقل السفيه وتصرفه في ماله
جائز وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة كالالقاء في البحر والاحراق بالنار لما روي
ان حبان بن منقذ كان يغبن في البياعات فطلب اولياؤه من النبي عليه السلام الحجر عليه فقال له اذا بعت
فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة ايام ولم يحجر عليه وان بلغ الصبي غير رشيد اي غير مصلح لماله وهل يعتبر ان يكون
مصلحا لدينه ايضا فعندنا لا يشترط ذلك في الرشد الذي هو شرط لدفع المال اليه وقال الشافعي انه كما يعتبر
الصلاح في المال يعتبر في الدين بان يكون مجتنبا عن الفواحش والمعاصي التي تسقط العدالة لا يسلم اليه ماله
لعدم شرطه وهو ايناس الرشد قال الله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم الى قوله فان آنستم منهم رشدا فادفعوا
اليهم اموالهم ما لم يبلغ سنه خمسا وعشرين فاذا بلغها دفع اليه ماله وان لم يؤنس له رشده وان تصرف فيه
قبل ذلك نفذ تصرفه وان كان مضرا لان المنع عنه للتأديب لا للحجر وعندهما وعند الشافعي يحجر على السفيه فان
الحجر عليه عندهما يؤثر في حق تصرف يتصل بماله ولا يصح مع الهزل والاكراه كالبيع والاجارة والاقرار بالمال وما لا يتصل
بماله كالاقرار بالحدود والقصاص او يتصل به لكنه يصح مع الهزل كالنكاح والطلاق والعتاق فالحجر لا يعمل فيه
حتى صح منه هذه التصرفات بعد الحجر على ما سيجيء لهما انه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل وكل من هو كذلك
يحجر عليه نظرا له كالصبي فهذا يحجر عليه بل اولى لان الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقة والدليل على
صحته هذا منع المال منه والمنع لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما منع من يده واما على قول الشافعي فلا يصح
لان حجر السفيه عنده بطريق الزجر والعقوبة عليه والفائدة تظهر فيما اذا كان السفيه مفسدا في دينه مصلحا
في ماله كالفاسق فعنده يحجر عليه زجرا وعقوبة ولا يحجر عليه عندهما ولابي حنيفة ما روينا ولانه مخاطب عاقل
حر وكل من هو كذلك لا يحجر عليه كالرشيد ولان الحجر عليه اهدار لآدميته والحاق له بالبهائم وضرره بذلك
اعظم من ضرره بالتبذير ولا يجوز تحمل الضرر الاعلى لدفع الادنى حتى لو كان في الحجر عليه دفع الضرر العام جاز كما سيأتي
ولا يصح قياس السفيه على الصبي لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظر له الشرع مرة باعطاء آلة القدرة
لما ذكرنا انه عاقل والجري على خلافه بسوء اختياره فكان قياس قادر على عاجز وهو فاسد واما منع المال عنه فانما
هو بطريق العقوبة عليه ليكون زجرا له على التبذير والحجر ابلغ منه في العقوبة لما ذكرنا فلا يقاس عليه ثم منع المال بدون
الحجر مفيد لان غالب السفه انما هو في الهبات والصدقات وذلك لا يملك الا بالقبض فاذا لم يكن في يده شيء
يمتنع عن ذلك وان فعل لم ينفذ اعلم ان القاضي اذا حجر على السفيه على رأيه ثم رفع حكمه الى قاض آخر فابطل حجره
واطلق جاز تصرفه وكان الواجب ان لا يجوز لان قضاءه لاقى مجتهدا فيه ونقضه باطل وانما جاز لان الحجر من القاضي
فتوى لا قضاء لان القضاء يقتضي المقضي له والمقضي عليه ولا مقضي له ههنا سلمنا وجوده على احتمال بعيد وهو
ان يجعل السفيه مقضيا له من حيث ان الحجر نظر له لكن نفس هذا القضاء مختلف فيه فان ابا حنيفة لم يقل به فصار
محلا للقضاء يحتاج الى امضاء فلو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي الحاجر او الى غيره فقضى ببطلان تصرفه وصحة الحجر
ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك ولا يدفع اليه ماله ما لم يؤنس رشده
للنهي ثم لا يصح تصرفه فيه لان علة المنع السفه فيبقى ببقائه كالصبا ولابي حنيفة قوله تعالى ولا تأكلوها اسرافا وبدارا ان
يكبروا فهذا اشارة الى انه لا يمنع عنه اذا كبر ولان منع المال منه بطريق التأديب ولا يبقى محلا للتأديب

بعد هذه

بعد هذه المدة ظاهرا وغالبا لانه في هذه المدة يصير جدا باعتبار اقل مدة البلوغ في الانزال وهو اثنا عشر سنة واقل
مدة الحمل وهو ستة اشهر واذا لم يبق قابلا للتأديب لا فائدة في المنع فلزم الدفع فان باع السفيه شيئا من ماله بعد الحجر
عليه لا ينفذ بيعه لصحة الحجر اذ التفريع على قولهما وان كانت فيه اي في نفوذ البيع مصلحة بان كان بمثل القيمة او كان
البيع رابحا وكان الثمن باقيا في يده اجازه الحاكم نظرا له وان كان الثمن اقل من القيمة او لم يبق الثمن في يده لم يجزه
لان فيه ضررا به لخروج المبيع عن يده بلا عوض ان لم يكن في يده شيء من البدل ولو باع السفيه قبل حجر القاضي جاز عند
ابي يوسف لانه لا بد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر بين الضرر وهو اهدار آدميته والنظر له في ابقاء المبيع على
ملكه كما كان فلا بد من مرجح وهو القضاء وعند محمد لا يجوز لانه بلغ محجورا عنده اذ العلة عنده هي السفه بمنزلة الصبا
وهو موجود قبل القضاء فيترتب عليه الحكم وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها عند ابي يوسف لا يصير
محجورا حتى يقضي القاضي وعند محمد يصير محجورا بمجرد السفه فان اعتق السفيه عبدا بعد الحجر نفذ عتقه وسعى العبد في جميع
قيمته لمكان الحجر عن التبرعات بالمال الا ان العتق لا يقبل الفسخ فقلنا بنفاذه ووجوب السعاية نظرا للجانبين
كما في الحجر على المريض لاجل النظر لغرمائه وورثته فانه اذا اعتق المريض عبدا وجب عليه السعاية لغرمائه او لورثته في ثلثي
قيمته اذا لم يكن عليه دين ولا مال له سواه لمعنى النظر وعن محمد انه لا يجب عليه السعاية لانها وجبت حقا لمعتقه وذلك
غير معهود في الشرع وانما المعهود ان يجب لغير المعتق كما في اعتاق احد الشريكين فانه يسعى للساكت وان دبر عبده
صح تدبيره لان التدبير يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته لانه لما ملك اثبات حقيقة العتق فلان يملك اثبات حقه كان اولى
الا انه لا يجب السعاية في حيوة المولى لانه باق على ملكه والباقي على ملك المولى لا يستوجب المولى عليه دينا فان مات السفيه
المحجور قبل رشده سعى العبد المدبر في قيمته مدبرا لانه عتق وهو مدبر والعتق بعد التدبير يوجب السعاية في قيمته
مدبرا الا يرى ان مصلحا لو دبر عبده في صحته ثم مات وعليه دين يحيط بقيمته فعلى العبد ان يسعى في قيمته مدبرا
ولو ولدت جاريته فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية ام ولد له لاحتياجه الى ذلك لابقاء نسله فانه
من الحوائج الحيوية ذكر الاذن ببقاء الولد بعد موته فالحق السفيه بالمصلح في حق الاستيلاد وان مات بعد هذه الدعوة
كانت الجارية حرة لا سبيل عليها لاحد وان كان مات مديونا وان لم يكن معها ولد منه وقال هذه ام ولدي كانت بمنزلة
ام الولد لان الدعوة كانت دعوة تحرير فلا يقدر على بيعها وان مات سعت في جميع قيمتها لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس
لها شاهد وهو الولد فصار كانه قال انت حرة فيمتنع بيعها وتسعى في قيمتها بعد موته بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد
لها في ابطال حق الغير فكذا في دفع حكم الحجر عن تصرفه كذا في العناية ويصح تزوجه لان النكاح لا يؤثر فيه الهزل ولانه من
حوائجه الاصلية بمهر المثل لانه من ضرورات النكاح وان سمى اكثر من مهر المثل بطلت الزيادة اذ لا ضرورة فيه وهو تبذير
بالتسمية ولا نظر له فيه فلم تصح الزيادة وصار كالمريض مرض الموت ولو طلقها قبل الدخول بها وجب لها نصف المهر في
ماله لان التسمية صحيحة الى مقدار مهر المثل وكذا اذا تزوج اربع نسوة او كل يوم واحدة كذا في الهداية يعني يعتبر مهر المثل
لا الزيادة سواء تزوج بهن في عقد واحد او في كل يوم واحدة ثم طلقها وفعل ذلك مرارا فانه يصح تسميته في مقدار مهر المثل
ويبطل الزيادة لما عرفت انه من ضرورات النكاح وبهذه المسئلة يعتضد ابو حنيفة على انه لا فائدة في الحجر عليه لانه لا يسد
باب اتلاف المال عليه بهذا الطريق بل هذا اضر له من اتلافه بطريق الهبة اذ هو يكتسب المحمدة في البر والاحسان
والمذمة في النكاح والطلاق قال عليه السلام لعن الله كل ذواق مطلاق كذا في العناية اقول قال الاتقاني لكنهما يقولان
لان السفه ليس بمعتاد بهذا الطريق لان السفه المعتاد ما يحصل له نوع غرض صحيحا كان او فاسدا وليس في الطلاق

قبل الدخول على وجه لا يصل اليه لذة او راحة غرض كذا في حاشية السعدي وتخرج زكوة مال السفيه الاصل في هذه
المسائل ان ما وجب عليه من امر اوجبه الله تعالى كالزكوة وحجة الاسلام او كان من حقوق الناس كنفقة من يجب
عليه نفقته فهو والمصلح فيه سواء لانه مخاطب وبالسفه لا يستحق النظر في اسقاط شيء من حقوق الشرع عنه
ولا يبطل شيئا من حقوق الناس لكن لا يسمع قوله في القرابة حتى يقيم البينة عليها وعسرة القريب لان
اقراره بذلك بمنزلة الاقرار بالدين على نفسه فلا يلزم اقراره شيئا الا في الولد فان الزوجين اذا تصادقا على
النسب قبل قولهما لان كل واحد منهما في تصديق الآخر يقر على نفسه بالنسب والسفه لا يؤثر منع الاقرار بالنسب
لكونه من حوائجه لكن لا بد من اثبات عسرة المقر له والاقرار بالزوجية صحيح ويجب مهر مثلها والنفقة بخلاف ما وجب على نفسه
بالحلف او النذر حيث لا يلزمه المال بل يكفر يمينه وظهاره بالصوم لكن لكل حنث ثلثة ايام متتابعات وعن كل
ظهار شهرين متتابعين وان كان مالكا للمال حال التكفير بالصوم لان كل ذلك مما يجب بفعله اذ السبب التزامه
فيتمكن فيه معنى التبذير بفتح هذا الباب ويضيع فائدة الحجر وكذا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله كذا في العناية ولو
اعتق عن ظهاره نفذ العتق ويسعى العبد في قيمته ولا يجزئ لانه عتق ببدل كالمريض المديون اذا اعتق عن ظهاره
ثم مات يسعى العبد للغرماء ولا يجزئه وكذلك سائر الكفارات ولو كفر بالصوم ثم صلح قبل تمامه فعليه ان يكفر بالمال
لزوال العجز كذا في الاختيار وينفق منه عليه وعلى من تلزمه نفقته من اولاده ووالديه وزوجته وذوي ارحامه ويدفع
القاضي قدر الزكوة اليه اي الى السفيه ليؤديها بنفسه اي ليصرفها بنفسه الى مصرفها لانه لا بد من نية لكونها عبادة
ولكن يوكل القاضي عليه في الزكوة امينا لئلا يؤديها كيلا يصرفها في غير وجهه وفي النفقة يدفع الى امينه يصرفها
لانها ليست بعبادة فلا يحتاج الى نية فان اراد السفيه حجة الاسلام بعد تحقق الاستطاعة لا يمنع منها لانه واجب عليه
بايجاب الله تعالى من غير صنعه ولا من عمرة واحدة استحسانا والقياس ان لا يعطى نفقة العمرة لانها عنده تطوع
كما لو اراد الخروج للحج تطوعا وفي الاستحسان لا يمنع من العمرة الواحدة لاختلاف العلماء في وجوبها ولا يمنع من القران لانه
لا يمنع من افراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما بل اولى لانه افضل ولا يمنع من سوق بدنة تحرزا عن موضع الخلاف
اذ عند ابن عمر لا يجزيه غيرها وقد فسر الهدي بالبدنة وهي جزور او بقرة ويدفع القاضي نفقته الى ثقة من الحاج ينفق
عليه في الطريق لا اليه اي الى السفيه ويصح منه اي من السفيه الوصية والقياس ان لا تصح لانها تبرع وهبة لكنا
استحسنا ذلك اذا كانت مثل وصايا الناس لانها قربة يتقرب بها الى الله تعالى وهو يحتاج اليها بالقرب وابواب الخير من
الثلث لان ما يتقرب به الى الله تعالى ان يكون من الثلث (فرع) ذكر في كفاية المنتهي ان الذي بلغ سفيها والصبي
الذي لم يبلغ وهو يعقل ما يصنعه عندنا سواء الا في اربعة مواضع احدها انه يجوز للاب ولوصي الاب ان يتصرف على
الصغير يشتري له مالا او يبيع ولا يجوز تصرف الاب ولا وصي الاب على البالغ السفيه الا بامر الحاكم والثاني انه يجوز
نكاحه ولا يجوز نكاح الصبي العاقل والثالث انه يجوز طلاقه وعتاقه ولا يجوز طلاق الصبي العاقل ولا عتاقه والرابع
الذي لم يبلغ اذا دبر عبده لا يصح تدبيره وهذا السفيه اذا دبر عبده صح تدبيره ويحجر على المفتي الماجن وهو
الذي لا يبالي ويدخل فيه المفتي الفاسق كما في الملتقط والذي يفتي عن جهل كما في قاضي خان والطبيب الجاهل
وهو الذي يسقي المريض دواء مهلكا ولا علم به او لا كما في الذخيرة او ظن به دواء كما في الظهيرية والمكاري المفلس وهو
الذي يأخذ كراء الابل وليس له ابل ولا ظهر يحمل عليه ولا مال يشتري به دابة وعند اوان الخروج يخفي نفسه كما في
الذخيرة او الذي مات دابته في الطريق ولم يجد دابة اخرى بالشراء والاستيجار فيؤدي الى اتلاف اموال الناس

كما في الكافي

كما في الكافي كذا في القهستاني اتفاقا لعموم الضرر من الاول في الاديان ومن الثاني في الابدان ومن الثالث في الاموال [illegible]
قال ابو حنيفة لا يجوز الحجر الا على الثلاثة الاول الفقيه الماجن وهو الذي يعلم الناس الحيل حتى يسقط الشفعة والزكوة
ويعلم المرأة الردة حتى تبين من زوجها والثاني المكاري المفلس وهو الذي يتقبل الكراء ولا ابل له والثالث الطبيب
الجاهل وهو الذي يسقي دواء ويموت المريض وعندهما صح الحجر على الكل اشتهر ان المراد بحجر هؤلاء ليس حجرا اصطلاحيا
بل يحجرون بمعنى المنع الحسي وقال صاحب البدائع ليس المراد به حقيقة الحجر وهو المعنى الشرعي الذي يمنع نفوذ التصرف
الا يرى ان المفتي لو افتى بعد الحجر واصاب في الفتوى جاز ولو افتى قبل الحجر واخطأ لم يجز وكذا الطبيب لو باع الادوية
بعد الحجر نفذ بيعه فدل انه ما اراد به الحجر حقيقة وانما اراد به المعنى الحسي اي يمنع هؤلاء الثلاثة عن عملهم حسا لان
المنع عن ذلك من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر فاندفع ما يتراءى بين هذه المسئلة وبين حصر اسباب الحجر
في الثلاثة المذكورة ولا يحجر على فاسق ان كان مصلحا لماله عندنا والفسق الاصلي والطاري سواء وقال الشافعي يحجر
ومبنى هذا الاختلاف على ان الحجر عنده للزجر والعقوبة كما في السفيه ولهذا لم يجعل اهلا للولاية والشهادة عنده
والفاسق مستحق للزجر فيحجر عليه وان كان مصلحا لماله وعندنا لا يحجر اما عند ابي حنيفة فظاهر واما عندهما فالحجر للنظر له
في ماله لا في دينه الا يرى انه لا يحجر على الذمي والكفر اعظم من الفسق فاذا اصلح ماله لم يبق عليه حجر قال الله تعالى فان آنستم
منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم نكر الرشد وهو باطلاقه يتناول القليل منه والكثير ومن اصلح في ماله فقد اونس
منه رشد ثم الفاسق من اهل الولاية عندنا باسلامه فيكون واليا للتصرف ولا يحجر على مغفل اي شديد الغفلة
ان كان مصلحا لماله عند ابي حنيفة ويحجر عندهما وهو قول الشافعي على انه ليس بسفيه لكنه مغفل يغبن في التجارات
ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له واعترض بانه خلاف ما ثبت عن النبي عليه السلام فانه ما حجر على حبان
بن منقذ وكان يغبن في التجارات واجيب بان الحجر على المغفل ثبت بدلالة النص قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء
اموالكم لما انه يتلف امواله كالسفيه فلا يعارضه خبر الواحد ورد بان ذلك لمنع المال وليس الكلام فيه كذا في العناية
فلا على مديون ولا يبيع القاضي ماله فيه اي في الدين بل يحبسه ابدا حتى يبيعه هو بنفسه في دينه ايفاء لحق الغرماء
ودفعا لظلمه بان قضاء الدين واجب عليه والمماطلة ظلم فان قيل الحبس ايضا بعدم الرضا كما سبق في الاكراه
فلا يصح البيع قلنا الحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق فلا يكون اكراها على البيع كذا في حاشية السعدي فان
كان ماله من جنس دينه اداه الحاكم منه بغير امر المديون وهذا بالاجماع لان للدائن حق الاخذ بغير رضاه فللقاضي
ان يعينه ذكره في الهداية ويبيع الحاكم احد النقدين بالآخر استحسانا والقياس ان لا يبيعه كالعروض والعقار لانه
نوع حجر ولهذا لم يكن لصاحب الدين ان يأخذه جبرا وجه الاستحسان انهما جنس واحد نظرا الى الثمنية والمالية
وعدم التعيين بخلاف العروض لانها متباينة للديون من كل وجه لان الغرض يتعلق بصورها واعيانها
دون الاثمان لانها وسائل فافترقا وهذا عند الامام وعندهما يحجر عليه اي على المديون ان طلب غرماؤه
الدين من اسباب الحجر عندهما لكن بشرط طلب الغرماء ذلك فاذا حجر القاضي المديون على قولهما فينبغي له
ان يشهد انه حجر عليه في ماله احتياطا كما في التجاحد ان وقع وان يبين ان الحجر كان بسبب الدين لانه
مختص بالمال الموجود له في الحال دون ما يحدث له بالكسب او غيره حتى يعلم انه لو تصرف في الحادث نفذ وان
يبين ان الحجر لاجله باسمه لانه يرتفع بابراء الغريم ووصول حقه اليه فيحتاج الى معرفته وقال ابو حنيفة لا يجوز الحجر عليه
لان فيه اهدارا اهليته وقد عرفت ان ضرر ذلك فوق ضرر المال فلا يتحمل الاعلى للادنى وضرر الدائن يندفع

بالحبس ويمنع من التصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء نظرا لهم لانه ربما يتلف ماله فيفوت حقهم ولا يمنع عن
البيع بمثل القيمة لانه لا يبطل حق الغرماء ويبيع الحاكم ماله ان امتنع المديون عن بيعه لان ايفاء الدين مستحق
عليه فيستحق عليه البيع لا يفائه فاذا امتنع باع القاضي عليه نيابة كالجب والعنة ولابي حنيفة انه نوع حجر وهو تجارة
لا عن تراض وجوابهما ان التلف موهوم فلا يبنى عليه حكم متيقن وقضاء الدين مستحق عليه لكن لا نسلم تعيين
البيع له بخلاف الجب والعنة فان التفريق هناك متعين لانه لما لم يمكنه الامساك بالمعروف تعين عليه التسريح
بالاحسان فلما امتنع عن التسريح بالاحسان مع عجزه عن الامساك بالمعروف ناب القاضي منابه في التفريق
ويقسم بين غرمائه بالحصص اي يأخذ كل واحد منهم بقدر حصته هذا اذا اخذوا فضل كسبه بغير اختياره او اخذه
القاضي وقسمه بينهم بدون اختياره واما المديون في حال صحته لو آثر احد الغرماء على غيره لقضاء الدين باختياره
فله ذلك نص على ذلك في فتاوى النسفي فقال رجل عليه الف درهم لثلاثة نفر لواحد منهم خمسمائة وللآخر منهم ثلثمائة
وللآخر منهم مائتان وماله خمسمائة فاجتمع الغرماء وحبسوه بديونهم في مجلس القضاء كيف يقسم امواله بينهم
قال اذا كان المديون حاضرا فانه يقضي ديونه بنفسه وله ان يقدم البعض على البعض في القضاء ويؤثر البعض على
البعض لانه يتصرف في خالص ملكه لم يتعلق به حق احد فيتصرف فيه على حسب مشيته وان كان المديون غائبا
والديون ثابتة عند القاضي فالقاضي يقسم ماله بين الغرماء بالحصص اذ ليس للقاضي ولاية تقديم بعضهم على بعض كذا
في العناية وان اقر المديون في حال حجره بمال لزمه بعد قضاء ديونه لان المال تعلق به حق الاولين لا في الحال
لانه لو صح في الحال لما كان في الحجر فائدة ولو استفاد مالا بعد الحجر نفذ اقراره فيه لانه لم يتعلق به حقهم ولو استهلك
مالا لزمه في الحال لانه مشاهد لا مرد له بخلاف الاقرار فان سببه محتمل وينفق من مال المفلس عليه وعلى من تلزمه
نفقته لانها من الحوائج الاصلية وانها مقدمة على حقهم والفتوى على قولهما في بيع ماله لا مساعة قال في المختار
ولا يبيع العروض ولا العقار وقالا يبيع وعليه الفتوى انتهى وعلى هذا يباع النقود ثم العروض ثم العقار لما فيه
من المسارعة الى قضاء الدين ومراعاة المديون كذا في الاختيار ولكن يترك له اي للمديون دست من
ثياب بدنه وقيل دستان ليكون بدلا عند الغسل كما في الكافي ولا يبيع مسكنه كما في النتف وغيره ومن افلس
وعنده متاع رجل شراه بلا اداء ثمنه فرب المتاع اسوة للغرماء اي مشارك لهم فيه فيباع ويقسم ثمنه بينهم
بالحصص اذا كان الدين كله حالا واما اذا كان بعضه حالا فيقسم بين غرماء الحال ثم بعد انقضاء الاجل شاركهم
فيما قبضوه وان كان المبيع في يد البائع فالبائع اولى من الغرماء كما في المضمرات كذا في القهستاني **فصل**
في حد البلوغ وهو في اللغة عبارة عن الوصول وفي الاصطلاح انتهاء حد الصغر ولما كان احد اسباب الحجر بيان
انتهائه وهذا الفصل لبيان ذلك يحكم ببلوغ اي بصيرورته رجلا لو جامع انزل بالاحتلام او الانزال والاحبال
ويحكم ببلوغ الجارية اي انثى الغلام بالحيض او الاحتلام والحبل فان لم يوجد شيء من ذلك المذكور من الاصل وهو
الانزال ومن العلامة وهو الباقي فاذا تم له اي فيحكم ببلوغ حين تم له ثماني عشرة سنة واذا تم لها اي للجارية سبع
عشرة سنة في رواية عن ابي حنيفة لقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن حتى يبلغ اشده واشد
الصبي على ما قاله ابن عباس وتبعه الشعبي ثماني عشرة سنة وقيل اثنان وعشرون وقيل خمس وعشرون واقل
ما قالوا هو الاول فوجب ان يدار الحكم عليه للتيقن به احتياطا الا ان الجارية اسرع ادراكا من الغلام فنقص
سنة منهن لاشتمالها على الفصول الاربعة التي يوافق واحد منها المزاج لا محالة وعندهما يحكم بالبلوغ اذا تم خمس

عشرة سنة

عشرة سنة فيهما اي في الغلام والجارية لانه المعتاد الغالب وعن ابن عمر رضه اني عرضت على النبي عليه السلام وانا
ابن اربعة عشرة سنة فردني وعرضت عليه في السنة الثانية فاجازني ذكره في الاختيار وهو رواية عن الامام
الاعظم وهو قول الشافعي وبه يفتى كذا في الكنز والوقاية قال صدر الاسلام والفتوى في زماننا يجب ان يكون
على قولهما لقصور اعمار اهل زماننا ذكره في ايضاح ابن كمال وقال في التاتارخان نقلا عن الكافي والسن الذي
يحكم ببلوغ الغلام والجارية اذا انتهى اليه خمس عشرة سنة عند ابي يوسف ومحمد والشافعي وهو رواية عن ابي
حنيفة وعليه الفتوى انتهى وادنى مدته اي البلوغ له اي للغلام اثنا عشرة سنة ولها اي للجارية تسع سنين
قال في الاختيار وهذا هو المختار وقيل غير ذلك واذا راهقا اي دنا الغلام والجارية الحلم بان يبلغا ادنى
مدة البلوغ واشكل امرهما فيه وقالا بلغنا صدقا في اقرارهما بالبلوغ وكانا كالبالغ حكما لان البلوغ معنى لا
يعرف الا من جهتهما ظاهرا فاذا اخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه كما قبل قول المرأة في الحيض **فرع**
في المحيط لو اقر الصبي بالبلوغ وهو ابن اثني عشر سنة قبل قوله ولا يحلف لانه ان كان صادقا فلا معنى لتحليفه
وان كان كاذبا فالصبي لا يأثم باليمين الكاذبة وان اقر بالبلوغ شيئا لم يقبل لان تواريخ المواليد يعرف
ويثبت بالبينة الا اذا كان مجهولا خامل الذكر وفي السراجية لو باع او اشترى وهو ابن اثنتي عشرة سنة
وقال انا بالغ ثم قال لست ببالغ لم يلتفت الى دعواه ولو قال ذلك وهو ابن احدى عشر سنة صدق ذكره في التاتارخانية

كتاب الاذون
اورده بعد الحجر لان الاذن يقتضي سبق الحجر وسبب الاذن كما هو في البيوع وساير
المعاملات وشرعيته استفيدت من قوله تعالى وابتغوا من فضل الله واذن العبد والصبي في التجارة ابتغاء فضله
وفائدته اهتداء الصبي والعبد الى اصدار التصرفات واكتساب الاموال واستجلاب الارباح وقد ندب الله تعالى
الى ذلك بقوله وابتلوا اليتامى اي اختبروهم بشيء تدفعونه اليهم من المال ليتصرفوا فيه فينظر وا وروي ان
النبي عم كان يجيب دعوة المملوك ولا يجوز اجابة دعوة المحجور عليه فدل على جواز الاذن وعليه الاجماع ذكره في الاختيار
وقال في المحيط واما بيان شرط جوازه من جهة الاذن ان يكون الاذن ممن له ولاية على المأذون ومن جهة المأذون
ان يكون عاقلا لما يؤذن له وفي الينابيع ويشترط ان يكون المأذون عاقلا عالما بالبيع والشراء ويعرف التجارة
سواء كان بالغا او صبيا كذا في التاتارخانية ومعناه لغة الاعلام ومنه الاذان فانه اعلام لوقت الصلوة وشرعا فك الحجر الثابت بالرق
ورفع المانع من التصرف في التجارة واثبات اليد للعبد في كسبه واسقاط الحق عندنا وقال زفر والشافعي الاذن
توكيل وانابة قال في المحيط وثمرة الاختلاف تظهر في مسائل منها ان الاذن بالتجارة لا يتخصص بنوع دون نوع
بل يثبت في الانواع كلها ولا بزمان دون زمان عندنا بل يثبت في الازمان كلها لما قلنا ان الاذن فك الحجر
عن التجارة وتصرف العبد بعد ذلك بحكم المالكية الاصلية وانها عامة لا يتخصص بنوع ومكان ووقت وعند
الشافعي يتخصص بالنوع والمكان والزمان بناء على ان عنده حكم الاذن الانابة والتوكيل وذلك يتخصص
بالنوع والمكان والوقت ثم المحققون من مشايخنا قالوا الاذن من المولى ما كان شرطا لجواز الشراء فان الشراء
جائز بدونه لان العبد مكلف والالتزام منه صحيح وانما شرط الاذن منه لصيرورة رقبة العبد وكسبه مشغولا
بالدين الا ترى ان تصرف العبد اذا كان قبل الاذن وقع نافعا في حق المولى ولم يقع ضارا في حق العبد نفذ
على المولى ومن هذا قلنا ان العبد المحجور اذا آجر نفسه وسلم من العمل نفذ الاجارة في حق المولى استحسانا
ويجب على المستاجر المسمى والحاصل ان الحجر انما يظهر في حق التصرفات الضارة والدائرة بين النفع والضرر

لان النافعة المحضة ففي حق التصرفات النافعة المحجور والمأذون سواء فيثبت ان اشتراط الاذن من المولى لما
قلنا لا لجواز الشراء ثم الاذن بالتصرف انما لا يتخصص عندنا اذا صادف الاذن عبدا محجورا اما اذا صادف
عبدا مأذونا يتخصص حتى ان المولى اذا اذن لعبده في التجارة ثم دفع اليه مالا وقال اشتر لي به الطعام فاشترى
العبد الدقيق يصير مشتريا لنفسه نص عليه محمد في المأذون كذا في التاتارخانية ثم يتصرف العبد باهليته
يعني ان العبد بعد الاذن يصير كالحر في التصرفات باصل الفطرة باعتبار لسانه الناطق وعقله المميز الذي
هو ملاك التكاليف والحجر عليه انما كان لحق المولى لاحتمال لحوق الضرر به بتعلق الدين برقبته او بكسبه وكل
ذلك ملك المولى فاذا اذن له فقد رضي بتصرفه فيتصرف باعتبار اهليته الاصلية ولهذا قلنا انه لا يتوقت
لان الاسقاطات لا يتوقت حتى لو اذن له يوما او شهرا كان مأذونا به مطلقا ما لم ينهه وكذلك اذا
اذن القاضي او الوصي لعبد اليتيم وكذلك الصبي الذي يعقل فان الحجر عليه انما يكون خوفا من سوء تصرفه
وعدم هدايته للاصلح فاذنه بماله دليل صلاحية التصرف فيجاز تصرفه فلا يلزم سيده عهدة فاذا اشترى شيئا
لا يطلب الثمن من المولى لكونه مشتريا لنفسه بخلاف الوكيل فانه يطلب الثمن من الموكل لان الوكيل اشترى
للموكل ولا يتوقت الاذن فلو اذن له المولى يوما فهو مأذون دائما الى ان يحجر عليه لما مر ان الاذن عندنا اسقاط
لا توكيل ولهذا لا يتخصص فاذا اذن في نوع من التجارة كان مأذونا في سائر الانواع اعلم ان الاذن نوعان
عام وخاص فالعام ان يقول لعبده اذنت لك في التجارة واذنت لك في البيع والشراء ولا يقيد بشيء لان
ذلك عام فيتناول جميع الانواع وكذلك اذا قال اد الي الغلة او ان اديت الي الفا فانت حر لانه لا قدرة له على ذلك
الا بالكسب ولا كسب الا بالتجارة والخاص ان يقول له اذنت لك في البز او في الصرف او في الخياطة او في الصياغة
ويصير مأذونا في جميع التجارات والحرف وكذا اذا نهاه عن التجارة في نوع خاص وكذلك لو قال اذنت لك في
التجارة في البر دون البحر وقال زفر يختص بما قيده به لانه يستفيد التصرف باذنه فصار كالوكيل ولنا انا بينا
انه فك الحجر ورفع السبب الذي كان لاجله محجورا فبعده يتصرف لنفسه باهليته كما بعد الكتابة وفك الحجر
لا يوجد بالاذن في نوع واحد لان الضرر الذي يلحق المولى لا يتفاوت بين نوع ونوع فيلغو التقييد ويبقى قوله
اتجر وليس كالوكيل لان الاذن يصح لقوله اذنت لك في التجارة ولا يصح التوكيل به لانه مجهول اما رفع الحجر
اسقاطه والجهالة لا تبطله ولو اقتصر على قوله اذنت لك صح وفي التوكيل لا يصح والصبي يتصرف لنفسه في ماله فلا
يكون نائبا عن الولي كذا في الاختيار ويثبت الاذن صريحا كما مر ودلالة بان رأى المولى عبده يبيع ويشتري
فسكت المولى سواء كان البيع للمولى او لغيره بماله او بمال غيره بامره او بغير امره صحيحا او فاسدا فانه يصير مأذونا
عندنا وقال زفر والشافعي لا يصير مأذونا لان السكوت يحتمل الرضا وفرط الغيظ وقلة الالتفات الى تصرفه لعلمه
بكونه محجورا والمحتمل لا يكون حجة قلنا جعل سكوته حجة ضرورة لانه في موضع بيان اذ الناس يعاملون العبد حين
علموا بسكوت المولى ومعاملتهم قد تفضي الى لحوق ديون عليه وان لم يكن مأذونا يتأخر المطالبة الى ما بعد العتق
وقد يعتق وقد لا يعتق وفي ذلك اضرار للمسلمين بتواهي حقهم ولا اضرار في الاسلام وليس للمولى فيه ضرر
متحقق لان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فكان موضع بيان انه راض به او لا والسكوت في موضع الحاجة
الى البيان بيان فان قيل بعين ذلك التصرف الذي رآه من البيع غير صحيح فكيف غيره وكذا اذا رأى
اجنبيا يبيع من ماله وسكت لم يكن اذنا والمرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن وسكت لم يكن اذنا

واذا رأى

واذا رأى رقيقه يزوج نفسه وسكت لم يكن اذنا ما الفرق اجيب بان الضرر في التصرف الذي
رآه متحقق بازالة ملكه عما يبيعه في الحال فلا يثبت سكوته وليس في ثبوت الاذن في غير ذلك لما قلنا
ان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه ولا يلزم من كون السكوت اذنا بالنظر الى ضرر متوهم كونه اذنا بالنظر
الى متحقق وهو الجواب عن بيع الاجنبي ماله وفي الراهن لم يصر سكوته اذنا لان جعله اذنا يبطل ملك
المرتهن عن اليد وقد لا يصل اليه من محل آخر فكان في ذلك ضرر متحقق واما الرقيق عبدا كان او امة
اذا زوج نفسه فانما لم يصر السكوت فيه اذنا لان في ذلك ضررا محققا للمولى فلا يكون السكوت اذنا
وجاز للمأذون حجر لقوله الآتي ان يبيع الخ اذنا عاما بان لا يقيد بشيء لا للمأذون بشراء شيء بعينه
او شراء طعام الاكل او ثياب الكسوة لانه استخدام وليس بتجارة لان التجارة ما يطلب منه الربح ثم
هذه المسألة تفيد ان التخصيص قد يكون مفيدا اذا كان المراد به الاستخدام لانه لو جعل ذلك اذنا لانسد
باب الاستخدام لافضائه الى ان من امر عبده بشراء بقلي كان مأذونا يصح اقراره بديون يستغرق
رقبته ويؤخذ بها في الحال فلا يستجرئ احد على استخدام عبده فيما اشتد اليه حاجته لان غالب استعمال العبد
في شراء الاشياء الحقيرة فلا بد من حد فاصل بين الاستخدام والاذن بالتجارة وهو انه ان اذن بتصرف
مكرر صريحا مثل ان يقول اشتر لي ثوبا وبعه او قال بع هذا الثوب واشتر بثمنه او دلالة كما اذا قال اد الي
الغلة كل شهر او اد الي الفا فانت حر فانه طلب منه المال وهو لا يحصل الا بالكسب فهو دالة التكرار
او قال اقعد صباغا او قصارا لانه اذن بشراء ما لا بد لهما منه دلالة وهو نوع من الانواع تتكرر بتكرر العمل
المذكور كان ذلك اذنا وان اذن بتصرف غير مكرر كطعام اهله او كسوتهم لا يكون اذنا ان يبيع ويشتري
لان اصل التجارة ويوكل بهما لانه قد لا يمكنه المباشرة بنفسه في بعض الاحوال ويسلم بان يجعل نفسه
رب السلم ويقبل السلم بان يجعل نفسه مسلما اليه لان ذلك من صنيع التجار ويرهن ويرتهن لانهما
ايفاء واستيفاء وهما من توابع التجارة ويزارع اي يأخذ الارض مزارعة لان فيه تحصيل الربح لانه
ان كان البذر من قبله فهو مستأجر للارض ببعض الخارج وذلك انفع من الاستيجار بالدراهم لانه اذا
لم يحصل خارج لم يلزمه شيء بخلاف الاستيجار بالدراهم وان كان البذر من قبل صاحب الارض فهو آجر
نفسه من رب الارض لعمل الزراعة ببعض الخارج ولو آجر نفسه بالدراهم جاز فكذا هذا ويشتري بذرا
يزرعه في ارضه لانه يقصد به الربح قال عليه السلام الزارع يتاجر ربه ويشارك عنانا اي شركة عنان لانها
من افعال التجار لا شركة معاوضة لانها تنعقد على الكفالة والوكالة والكفالة لا تدخل تحت الاذن فلو فعل
ذلك كانت عنانا لانه في المعاوضة عنانا وزيادة فصحت بقدر ما يملكه المأذون وهو الوكالة ويستأجر
شيئا كالاجير والبيت وغيرهما ويؤجر ولو للوصل نفسه فيما بدا له من الاعمال عندنا خلافا للشافعي ويضارب
اي يأخذ المال مضاربة ويدفع المال مضاربة ويبضع ويعير لان كل ذلك من افعال التجار ويقر بدين
ووديعة وغصب لان الاقرار بها من توابع التجار اما بالدين والوديعة فظاهر فان البائع قد
لا يقبض الثمن فيكون دينا او يقبض فيودع عنده واما بالغصب فلان الغصب يوجب الملك
عند اداء الضمان فالضمان الواجب من جنس التجارة ومن ملك التجارة ملك توابعها لانه
لو لم يملكها لادى ذلك الى انتفاء التجارة فان الناس اذا علموا ان اقراره غير صحيح اجتنبوا عن مبايعته

ومعاملة ولا فرق في صحته بين ما كان عليه دين او لم يكن اذا كان الاقرار في صحته فان كان في مرضه
يقدم دين الصحة كما في الحر بخلاف الاقرار بما ليس من توابع التجارة كما لو اقر انه وطئ جارية هذا
الرجل بنكاح بغير اذن مولاه فافتضها فانه لم يصدق فيه لانه كالمحجور في حقه وكذا لو اقر بجناية
على حر او عبد او مهر وجب عليه بنكاح صحيح او فاسد او شبهة فاقراره باطل لا يؤخذ به حتى يعتق لان
فك الحجر انما ظهر في حق التجارة فما ليس من باب التجارة لم يظهر في حقه وكان اقراره كاقرار المحجور ولو باع
بغبن يسير جاز بالاتفاق لتعذر الاحتراز عنه وكذا لو باع بغبن فاحش جاز عند ابي حنيفة رح خلافا لهما
لان البيع بالفاحش خلاف المقصود اذ المقصود بالبيع الاسترباح دون الاتلاف فكان بمنزلة التبرع
ولهذا اعتبر من المريض من الثلث وما هو خلاف المقصود لا ينتظم الاذن بالمقصود وله ان البيع بالغبن
الفاحش تجارة يملكه الحر فيملكه العبد المأذون لانه بعد الاذن كالحر يتصرف باهلية نفسه كما تقدم
واعتباره من الثلث من المريض لحق الغرماء والورثة وذلك لا يدل على انه لا ينعقد من المأذون
كالغبن اليسير فانه يصح من المأذون بالاتفاق وفي المريض يعتبر من الثلث وابو ح سوى بين
البيع والشراء في الغبن الفاحش وفرق بينهما في تصرف الوكيل على الآمر بما يلحقه من العهدة وكان
الوكيل في الشراء متهما فانه اشتراه لنفسه فلما ظهر له العيب اراد ان يلزم الآمر وهذا لا يوجد في تصرف
المأذون لانه لا يرجع بما يلحقه من العهدة على احد فكان البيع والشراء في حقه سواء وعلى هذا الخلاف
الصبي اذا اذن له ابوه في التجارة يجوز ان يبيع ويشتري بالغبن اليسير بالاتفاق وبالفاحش عند ابي ح
ولو حابى المأذون في مرض موته صح فاعتبر محاباته من جميع المال ان لم يكن عليه دين فتنفذ
وان زادت على الثلث وان كان عليه دين محيط بما في يده فيؤدي دينه والا فما بقي بعد قضاء
الدين يكون كله محاباة لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد لانه يقال
المولى وارث لانه رضي بالاذن سقوط حقه ولهذا لو اسقط الوارث حقه في الثلثين ينفذ تصرف
المريض في الكل وان لم يبق ادى المشتري جميع او رد المبيع يعني ان كان الدين محيطا بماله بطل
المحاباة فيقال للمشتري اد جميع المحاباة والا فاردد المبيع كما اذا حابى الحر المريض في مرض موته كذا
في العناية وله ان يضيف معامله لانه من صنيع التجار وفيه استمالة قلوب المعاملين ويحط من
الثمن بعيب مثل ما يحط التجار لانه من صنيعهم وربما يكون الحط انظر له من قبول المعيب ابتداء بخلاف
ما اذا حط من غير عيب لانه تبرع محض بعد تمام العقد وليس ذلك من صنيع التجار وله ان يؤجل في
دين وجب له لانه من عادة التجارة ويأذن لرقيقه في التجارة لانه نوع تجارة الاصل ان كل من له ولاية
التجارة يصح اذنه للعبد فيها كالمكاتب والمأذون والمضارب والاب والجد والقاضي وشريكه
المفاوضة والعنان والوصي ولا يجوز ذلك للام والاخ والعم لانه ليس لهم ولاية التجارة
لا ان يتزوج لانه ليس من التجارة فلو تزوج اخذ بالمهر بعد الحرية كذا في الاختيار او يزوج عبده وكذا
امته عند ابي ح رح ومحمد خلافا لابي يوسف فانه جوز تزويج الامة لانه يحصل المال وهو المقصود بالاذن
[illegible] فكان كالاجارة ولهما ان الاذن يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة ومعناه
سلمنا ان الاذن لتحصيل المال لكن لا مطلقا بل على وجه يكون من صنيع التجار وانكاح الامة

ليس

ليس من ذلك قال في الهداية وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عنان
والاب والوصي يعني ان هؤلاء لا يملكون تزويج العبد بالاتفاق ولا يزوج الامة عندهما خلافا
لابي يوسف وقال في النهاية في هذه الرواية نظر لانه ذكر قبل هذا في كتاب المكاتب ان لهما ان يزوجا
امة الصغير بلا خلاف حيث جعل الاب والوصي هناك في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب وللمكاتب
ان يزوج امته لانه اكتساب لاستفادته المهر قال ما ذكره في المكاتب اصح لانه موافق لعامة الروايات
في رواية المبسوط والتتمة ومختصر الكافي واحكام الصغار وقال بعض الشارحين يحمل على ان في المسألة
روايتين ولا ان يكاتب لانه تضمن التجارة وهذا ليس بتجارة لان التجارة مبادلة المال بالمال والبدل وان
كان مالا لكنه مقابل بفك حجر وهو ليس بمال فلم يكن تجارة الا ان يجيزه المولى ولا دين عليه
لان هذا عقد له مجيز حال وقوعه فيتوقف على الاجازة فتكون الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء
وذلك لان المولى قد ملكه لان كسب العبد المأذون حال الصحة ملك المولى يملك فيه مباشرة الكتابة فيملك
الاجازة ويصير العبد نائبا عن المولى ويرجع الحقوق وهي مطالبة بدل الكتابة والفسخ عند العجز
وثبوت الولاء بعد العتق الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير لانها اسقاط فكان قبض البدل
بعد العتق من جهته او يعتق ولو للوصل بمال لانه لا يملك الكتابة والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم
فالاعتاق اولى هذا ايضا اذا لم يجز المولى فان اجاز ولا دين عليه جاز لانه يملك انشاء العتق فيملك
الاجازة وقبض المال الى المولى دون العبد وكذا اذا كان عليه دين عندهما لكن يضمن
قيمة العبد للغرماء لانه لو انشأ العتق جاز وضمن القيمة فكذا اذا اجاز ولا سبيل للغرماء
على العوض لان ما يؤديه كسب حر ولا حق لهم في كسب الحر بخلاف بدل الكتابة لانه
يؤدي في حال الرق فيتعلق به حقهم او يقرض او يهب ولو للوصل بعوض او يهدي
لان كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء او انتهاء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة الا ان يهدي اليسير
فهو من الطعام يشير الى ان اهداء غير المأكولات لا يجوز اصلا والا اهداء اليسير راجع الى الضيافة
اليسيرة وهو معتبرة بمال تجارته قال محمد بن سلمة رحمه الله ان كان مال تجارته مثلا عشرة الاف درهم
واتخذ ضيافة بمقدار عشرة دراهم كان يسيرا وان كان مال تجارته عشرة مثلا فاتخذ ضيافة
بمقدار دانق ذلك يكون كثيرا عرفا والهدية بالمأكول كالضيافة به والقياس ان لا يصح شيء من
ذلك لانه تبرع لكن تركناه في اليسير لانه من ضرورات التجار استجلابا للقلوب للتجار كذا في العناية
وقد صح ان النبي عليه السلام قبل هدية سلمان الفارسي وكان عبدا او المحجور لا يهدي اليسير
ايضا لانه لا اذن له اصلا فكيف يثبت ما هو من ضروراته وعن ابي يوسف اذا دفع المولى الى
المحجور قوت يومه فدعا بعض رفقائه للاكل معه فلا بأس به بخلاف ما لو دفع اليه قوت شهر لانهم
لو اكلوا قبل الشهر يتضرر به المولى قالوا لا بأس للمرأة ان تتصدق من بيت زوجها وان لم يأذن
لها باليسير كالرغيف ونحوه لان ذلك غير ممنوع عنها عادة وما لزم المأذون من الدين بسبب
تجارة او ما في معناها اي في حكم التجارة كبيع وشراء مثل دين استحقاق المبيع بعد التسليم الى المشتري
او هلاكه قبله ونقصان مبيع اذا عيب او امتنع رده بسبب ومثل دين وجب بالشراء والاجارة

[illegible]

واستيجار وغصب فجحد امانة كما اذا اودع رجل مأذونا مالا فطلبه منه فانكره ثم هلك ثم اقر به
فانه ضمن لان المودع صار غاصبا بالجحود وضمان الغصب في حكم ضمان التجارة لان المضمونات تملك
باداء الضمان وعقر امة شراها فوطئها فاستحقت فان هذا العقر وان وجب بالوطئ الا انه مستند الى
الشراء ولهذا سقط عنه الحد فيكون في حكم الشراء بخلاف ما وجب عليه بالتزوج من المهر فان التزوج
ليس في معنى التجارة كذا في الكرماني يتعلق ذلك المذكور من الديون برقبته فيباع اي يبيع القاضي
المأذون في ذلك الدين بطلب الغرماء وان لم يرض به المولى ويباع مرة دفعا للضرر عن المشتري
فلو لم يف الدين يطالب بالباقي بعد العتق وانما يباع في النفقة مرة بعد اخرى فانها وجبت
شيئا فشيئا كما مر في النكاح كذا في القهستاني فان كان له كسب يبيع بديونه بالاجماع وكذا ان لم يكن
له كسب تعلقت برقبته يباع للغرماء عندنا ان لم يفده المولى وقال زفر والشافعي لا يباع لان الغرض
المولى من الاذن تحصيل مال له لم يكن حاصلا لا تفويت مال حاصل وذلك الغرض في تعلق الدين
بكسبه حتى اذا فضل شئ منه عن الدين يحصل للمولى لا في تعلقه بالرقبة بخلاف دين الاستهلاك لانه
نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالاذن ولهذا لو كان محجورا عليه يبيع بذلك والكلام
فيما يتعلق بالاذن ولنا ان ذلك دين وجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى بالاذن
وكل دين كذلك تعلق برقبة العبد كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس ثم الدين
اذا تعلق برقبته استيفاء وعلم المعاملون ذلك كان ذلك حاملا على المعاملة فتكثر المعاملة
معه ويزداد الربح فمن هذا الوجه يصلح ان يكون غرضا للمولى وينعدم الضرر في حق المولى بدخول
المبيع في ملكه وفي قوله ان لم يفده المولى اشارة الى ان البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا لان
اختيار الفداء من الغائب غير متصور لان الخصم في رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع الا بحضرته او
بحضرة نائبه بخلاف بيع الكسب فانه لا يحتاج الى حضور المولى لان العبد خصم فيه فان قيل فما وجه
البيع على قول ابي حنيفة وهو لا يرى الحجر على الحر البالغ بسبب الدين وبيع القاضي العبد بغير اذن
مولاه حجر عليه اجيب بان ذلك ليس بحجر عليه لانه كان قبل ذلك محجورا عن بيعه ولا يجوز للمولى
بيع العبد المديون كما في جواز بيعها للقاضي على الورثة اذا امتنعوا عن قضاء الدين فانه لم يعد حجرا ٧
لكونهم محجورين عن بيعها قبل ذلك بغير رضاء الغرماء ويقسم ثمنه اي العبد وثمن ما في يده
من كسبه بالحصص لكن يبدأ بكسبه لانه اهون فان لم يف ثمن الكسب بالديون ولم يفده المولى
بيع العبد ثانيا ثم اذا باع القاضي العبد يقسم ثمنه بين الغرماء بالحصص لتعلق حقهم برقبته
فصار كتعلق الحقوق بالتركة وان لم يكن بالثمن وفاء بما عليه يضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه
كالتركة اذا ضاقت عن ايفاء حقوق الغرماء قوله سواء كسبه الغرماء قبل الدين او بعده او اتهبه
شرع لبيان الكسب الذي يبدأ به والذي لا يبدأ به فالكسب الذي لا ينزعه المولى من يده
يتعلق به الدين سواء كان حصل قبل لحوق الدين او بعده ويتعلق بما قبله من الهبة لان
المولى يخلف في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ وما بقي عليه اي على العبد شئ من ديونه
زائدة على كسبه وثمنه يطالب العبد بعد عتقه لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة والكسب

لهم عليه باخذ كسبه قبل الحرية لانه صار ملكا للمشتري والدين ما وجب باذنه فلا يظهر في
حقه ولا يباع ثانيا لئلا يمتنع البيع فان المشتري اذا علم ان العبد الذي يشتريه يباع
في يده ثانيا بدون اختياره امتنع عن شرائه فلا يحصل البيع الاول ويتضرر الغرماء اي دفعا
للضرر عن المشتري لانه لم يأذن له في التجارة فلم يكن راضيا ببيعه بسبب الدين فلو بيع عليه
مع ذلك يتضرر به الملك ولا يلزم ما لو اشتراه البائع الآن فانه لا يباع عليه ثانيا وان كان راضيا
بالبيع لان الملك قد تبدل وتبدل الملك كتبدل الذات وما اخذه سيده منه قبل لحوق الدين على
العبد لا يسترد منه لحصول شرط الخلوص له وهو خلوص ذمة العبد حال اخذ المولى ذلك وله اي
للسيد اخذ غلة مثله مع وجود الدين الغلة كل ما يحصل من ريع ارض او كرائها او اجرة غلام او نحو
ذلك والمراد ان له ان يأخذ الضريبة التي ضربها عليه في كل شهر بعد ما لزمه الديون كما كان
يأخذه قبل ذلك والزائد عليها اي على غلة مثله للغرماء فلا يأخذ اكثر مما كان يأخذه قبل الديون
والقياس ان لا يأخذ اصلا وان اخذ شيئا رده لانه اخذ من كسبه وكسبه حق للغرماء لكنه
استحسن فقيل بسلامة المقدار قبله للمولى لان في اخذ المولى ذلك منفعة للغرماء بابقائه على الاذن
بسبب ما يصل اليه من الغلة فلو لم يكن من ذلك يحجر عليه فلا يحصل الكسب واما الزيادة على
ذلك فلا يأخذها لعدم الضرورة حيث لا يعد ذلك من سبب تحصيل الغلة فان اخذها ردها على الغرماء
لتقدم حقهم فيها ويحجر المأذون ان ابق وقال الشافعي بقي مأذونا لان الاباق لا ينافي ابتداء الاذن
فان المولى اذا اذن لعبده الآبق في التجارة وعلم به العبد كان مأذونا فلان لا ينافي بقائه اولى
لان البقاء اسهل من الابتداء وصار كالغصب فان المولى لو اذن لعبده المغصوب الذي يمكن للمالك اخذه
بان يكون له بينة او يكون الغاصب مقرا صح ولنا ان الاباق حجر دلالة لانه انما رضي بكونه مأذونا
على وجه تمكن من تقضية دينه بكسبه ولم يتحقق ذلك من الآبق فلا يكون راضيا به واما لم يكن
في الابتداء لانا نجعله حجرا دلالة ولا معتبر بالدلالة عند التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الانتزاع
من يد الغاصب متيسر وان عاد من الاباق هل يعود الاذن لم يذكره محمد والصحيح انه لا يعود
او مات سيده او جن جنونا مطبقا تقدم تعريفه في الوكالة او لحق المولى بدار الحرب مرتدا
لانتفاء الاهلية بهذه العوارض حقيقة او حكما لان اللحاق موت حكما ولهذا يقسم ماله بين ورثته
او حجر عليه وعلم به اكثر اهل سوقه اعلم ان اذن المولى لعبده اما ان يكون شائعا او لا فان كان
الاول لم ينحجر بحجره حتى يظهر الحجر له ولاكثر اهل سوقه كيلا يتضرر الناس بما لم يرضوا به من تأخير
حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه لان العبد اذا كسب شيئا اخذه المولى وان لحقه دين
اقام البينة ان كان قد حجر عليه فيتأخر حقوقهم الى ما بعد العتق وهو موهوم وقد بايعوه على رجاء
تعلقهم برقبته وكسبه وهو على اذنه الى ان يعلم بالحجر لانه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص
ماله بعد العتق ولم يرض به فكان كالوكيل اذا لم يعلم بالعزل ولو عزل في السوق وليس فيه
الا رجل او رجلان فكذلك مبايعته جائزة وان بايعه الذي علم بحجره لان الاذن لا يتجزى الا يرى
انه لا يتجزى ابتداء فكذا بقاء ولو حجره في بيته بمحضر من اهل سوقه الحجر لان المعتبر شيوع الحجر واشتهاره

فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل دفعا للحرج كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام وان كان الثاني
بان لم يعلم الاذن الا العبد ثم حجر عليه بعلم منه يحجر لعدم الضرر والاضرار والامة ان استولدها يعني تحجر
المأذونة لها باستيلاد المولى اياها لها لم يصح بخلافه وقال زفر لا تحجر اعتبارا بالابتداء فان المولى لو اذن
ام ولده جاز فكذا اذا استولدها بعد الاذن وهو القياس واستحسن العلماء حجرها والاختلاط بالناس
في المعاملة والتجارة فيكون حجرا دلالة ولا معتبر بها عند التصريح بخلافه في الابتداء لا ان دبرها يعني
اذا استدانت المأذونة لها اكثر من قيمتها فدبرها المولى فهي مأذونة على حالها لعدم دلالة الحجر اذ
لم تجر العادة بتحصين المدبرة وانما قيدنا بكونها اكثر من قيمتها لتظهر الفائدة فان المولى
يضمن قيمتها دون الزيادة ويضمن المولى القيمة للغرماء فيهما اي في الاستيلاد والتدبير
ان ركبهما دين لانه اتلف رقبتهما لانه محلا تعلق به حق الغرماء اذ به يمتنع البيع وبه يقضي حقهم واقراره
اي المأذون بعد الحجر بدين او بان ما في يده امانة لغيره او غصب صحيح عند ابي حنيفة خلافا لهما فانهما لا يجوزان
اقراره لان المصحح لاقراره اما الاذن او اليد وكل شيء منهما غير موجود بعد الحجر اما الاذن فلزواله بالحجر واما اليد
فلان الحجر ابطلها لان يد المحجور عليه غير معتبرة شرعا وصار كما اذا انتزع المولى ما بيده لا يسمع اقرار العبد
فيه بالاتفاق وكما اذا باع العبد من غيره وثبت الحجر به لم يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر حتى لا يباع
رقبته بسبب ذلك الاقرار وله ان المصحح لاقراره هو اليد ولهذا لا يصح اقراره بما انتزعه المولى من يده لزوال
المصحح واليد باقية حقيقة وحكما اما حقيقة فظ لان الكلام في الاقرار بما في يده واما حكما فلان شرط بطلانها
بالحجر حكما فراغها عن حاجته واقراره دليل تحققها وان استوفى دين رقبته وما في يده لا يملك سيده
ما في يده فلو اعتق السيد عبدا مما في يده لا يصح عنده وعندهما يملك فيصح عتقه وان لم يستوف صح اتفاقا
فاذا اذن للعبد فاشترى عبدا يساوي الفا والمأذون ايضا يساوي الفا وعليه الف درهم او خمسمائة درهم
او الف درهم ففي الاول لم يملك المولى ما في يده ولو اعتق عبدا من كسبه لم يعتق عند ابي حنيفة وقالا
يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته لان سبب الملك في كسبه وهو ملك الرقبة قد وجد فان ملك الاصل
علة لملك الفرع ولهذا يملك اعتاقه ووطي الامة المأذونة لها وله ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد
عند فراغه عن حاجته كملك الوارث والمال الذي احاط به الدين مشغول بها فكما ان الدين المحيط بالتركة
يمنع ملك الوارث في الرقبة فكذلك الدين المحيط بالكسب والرقبة يمنع ملك المولى وفي الثاني يملك المولى
كسبه ويثبت عتقه في قولهم جميعا اما عندهما فظاهر وكذا عنده لان كسب العبد لا يعرى عن قليل الدين
فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود بالاذن ولهذا لا يمنع القليل ملك
الوارث والمستوفي يمنعه واما الثالث فلم يذكره في الكتاب ونقل بعض شراح الهداية عن بيوع الجامع
الصغير ان المعتق فيه جائز ويصح بيعه اي المأذون المديون شيئا من كسبه من سيده بمثل القيمة
لانه كالاجنبي [illegible] عن كسبه اذا كان عليه دين وما اذا لم يكن عليه دين لا يجوز لانه ليس
باجنبي لا باقل لا يصح بيعه من سيده بنقصان من قيمته سواء كان كثيرا او قليلا لانه متهم في حق
مولاه بميله اليه عادة بخلاف ما اذا باع من الاجنبي بذلك فانه يجوز مطلقا لانه لا تهمة فيه فان قيل التهمة
قد تكون موجودة فيه اجيب بانه موهوم حيث لم ينشأ عن دليل قال صاحب الهداية وقالا ان باع

بنقصان

بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء ازال المحاباة بايصال الثمن وان شاء نقض البيع وتخصيصهما
بهذا الحكم اختيار من الهداية لقول بعض المشايخ قيل والصحيح انه قول الكل لان المولى يتمكن من تخليص
كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع فلان يكون له ذلك بالبيع اولى وصار العبد في تصرفه مع مولاه كالمريض
المديون في تصرفه مع الاجنبي ويصح بيع سيده منه اي من المديون شيئا بمثلها يعني بمثل القيمة
او باقل منها لان المولى اجنبي عن كسبه لما كان عليه دين ولا تهمة في هذا البيع ولانه مفيد لانه
يدخل في كسب العبد ما لم يكن فيه ويتمكن المولى من اخذ الثمن بعد ان لم يكن له هذا التمكن وصحة التصرف
يتبع الفائدة فان باع السيد من مأذونه باكثر من قيمته جاز ولكنه يحط الزائد او ينقض البيع يؤمر السيد
بان يفعل واحدا منهما فيخير بين ازالة المحاباة ونقض البيع كما بيننا في جانب العبد سواء كانت
يسيرة او كثيرة لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء قال في النهاية هذا على اختيار صاحب المبسوط
واما على رواية مبسوط شيخ الاسلام فان هذا البيع لا يجوز عند ابي حنيفة اصلا كما ذكر في جانب العبد
الكل من العنايد فان سلم سيده المبيع اليه اي الى العبد المأذون قبل نقد الثمن سقط الثمن عن
ذمة المأذون وتوضيحه ان حق المولى كان ثابتا في العين من حيث الحبس لعدم تعلق حقه
بمالية العين بعد البيع والثابت في العين من حيث الحبس سقط بالتسليم فحق المولى سقط به
فلو فرض بقاء حقه بعد سقوطه لكان ذلك دينا لكونه في مقابلة العين والمولى لا يستوجب على عبده
حتى لو اتلف شيئا من ماله لم يضمن بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا فان المولى يستوجبه وهو احق به
من الغرماء لانه ملكه بعينه بالعقد ويجوز ان يكون عين ملكه في يد عبده كما لو اودع عند عبده شيئا او غصبه منه
وله اي جاز للسيد ان لا يسلم اي المبيع الى المأذون وان يمسكه في يده حتى يأخذ ثمنه لانه بائع وللبائع
حق الحبس في المبيع لاستيفاء الثمن ولهذا كان هو اخص به من سائر الغرماء فان قيل على
هذا التقدير يستوجبه دينا في ذمة العبد حتى حبس المبيع لاجله ولا يستوجب على عبده دينا
قلنا لا يستوجب على عبده دينا اذا كان ذلك الدين متعلقا بالعين كالمكاتب فان المولى يستوجب
عليه بدل الكتابة وهو دين لا تعلق برقبته ويضمن السيد باعتاقه المأذون مديونا الاقل من قيمته ومن
الدين فلو اعتق المولى عبده المأذون له وعليه ديون من تسبب التجارة او الغصب او جحود الوديعة
او اتلاف المال فاعتاقه جائز لبقاء ملكه فيه وهو ضامن للغرماء قيمته بالغا ما بلغت اذا كان الدين
مثلها او اكثر منها علم بالدين او لم يعلم به لانه اتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه وضمان
الاتلاف لا يختلف بالعلم وعدمه وما كان من دينه على قيمته طولب به معتقا اذ لا يجب على المولى ازيد من
مقدار ما اتلف فبقي الباقي على المأذون كما كان ويطالب به بعد العتق وان كان الدين اقل من قيمته
ضمن الدين لا غير لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا اعتق المدبر وام الولد المأذون لهما وقد ركبتهما
ديون لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلا يضمن شيئا
وان باعه المولى وهو اي المأذون مديون مستوفي وغيبه مشتريه بعد القبض يعني باعه بثمن
لا يفي بديونهم بدون اذن المولى والغرماء والدين حال فللغرماء اجازة بيعه واخذ ثمنه او تضمين
اي شاؤا من السيد او المشتري قيمته يعني خير الغرماء ان شاؤا اجازوا البيع واخذوا الثمن

لان الحق لهم فلهم الاجازة لان الاجازة اللاحقة كالاذن ولو كان البيع باذنهم لم يكن هناك ضمان فكذا اذا اجازوا
وان شاؤا ضمنوا البائع قيمته وان شاؤا ضمنوا المشتري لان حقهم تعلق بالعبد حتى كان لهم
ان يتبعوه الى ان يقضي المولى دينهم وقد اتلفاه اما البائع فبالبيع والتسليم واما المشتري فبالقبض
والتغييب فيخير الغرماء في التضمين وانما لم يكتف بمجرد البيع والشراء لانهما لا يضمنان بمجردهما
بل بتغييب ما فيه حق الغرماء وهو العبد لانهم يستسعونه او يبيعونه كما يريدون وذلك انما
يفوت بالتسليم والتغييب لا بمجرد البيع والشراء واما اذا كان الديون على المأذون مؤجلة
الى اجل فباعه المولى باكثر من قيمته او باقل منها جاز بيعه وليس لهم حق المطالبة حتى يحل دينهم
فاذا حل ضمنوه قيمته لانه اتلف عليهم محل حقهم وهو المالية الكل في العناية فان ضمنوا اي الغرماء
السيد ثم رد عليه اي على السيد بعيب يعني بان قبله بقضاء لان القاضي اذا رده فقد فسخ العقد
بينهما فعاد الحال الاول رجع المولى عليهم اي على الغرماء بالقيمة وعاد في العبد حقهم لان سبب الضمان
قد زال وهو البيع والتسليم وصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بعيب كان له
ان يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هذا ذكره في الهداية وان باعه اي باع المولى المأذون المديون
واعلم بكونه مديونا يريد به سقوط خيار المشتري في الرد بعيب الدين ليكون البيع بينهما لازما
فللغرماء رد البيع لان ذلك لا يوجب اللزوم في حق الغرماء فلهم ان يردوا البيع لتعلق حقهم وهو
الاستسعاء والاستيفاء من رقبته وفي كل منهما فائدة فالاستسعاء تام مؤخر والاستيفاء ناقص ان لم يف
بديونهم معجل والبيع يفوت هذه الخيرة فلهذا كان لهم ان يردوه قال المشايخ تأويله ان لم يصل
ثمنه اليهم وان وصل ولا محاباة في البيع بمعنى عدمها ان لا يفي بديونهم فلا اي ليس لهم ان يردوه
لوصول حقهم اليهم فان غاب البائع فالمشتري ليس خصما لهم ان انكر الدين على المأذون عند ابي حنيفة
ومحمد قيد بانكار المشتري الدين لان المشتري اذا اقر بدينهم وصدقهم في الدعوى كان لهم ان يردوا البيع
بلا خلاف وعند ابي يوسف هو اي المشتري خصم ويقضى لهم بالدين لانه يدعي الملك لنفسه فيكون خصما
لكل من ينازعه فيما بيده ولهما انه لو جعل خصما لادعى عليه والدعوى تتضمن فسخ العقد والعقد قائم
بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب قال فخر الاسلام وعلى هذا الخلاف اذا اشترى رجل دارا لها
شفيع ثم وهبها لرجل وسلمها اليه وغاب المشتري ثم حضر الشفيع فان الموهوب له ليس بخصم
عندهما خلافا له وعنهما وهو رواية ابن سماعة مثل قوله في هذه المسئلة ومن قال انا عبد فلان
فاشترى وباع فحكمه كالمأذون يعني رجل قدم مصرا وقال انا عبد فلان فاشترى وباع لزمه كل شيء
من التجارة لانه اخبر انه مأذون له فاخباره دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه دليل على اذنه وهو استحسان
والقياس ان لا يقبل قوله لانه اخبر عن شيئين احدهما اخباره انه مملوك وهذا اقرار منه على نفسه
والثاني اخباره انه مأذون في التجارة وهذا اقرار على المولى واقراره عليه ليس بحجة وجه الاستحسان ان
الظاهر ان المحجور يجري على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات كيلا يضيق الامر على الناس
توضيحه ان للناس حاجة الى قبول قوله لان الانسان يبعث الاحرار والعبيد في التجارة فلو لم يقبل
قول الواحد في المعاملات لاحتاج الى ان يبعث شاهدين يشهدان على كل تصرف انه مأذون له

في التجارة

في التجارة وفي ذلك من التضييق ما لا يخفى الا انه استثناء من قوله فحكمه حكم المأذون لا يباع والدين
ما لم يقر سيده باذنه يعني اذا لم يكن في كسبه وفاء لا يباع في الدين حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله
في الرقبة لان بيعها ليس من لوازم الاذن في التجارة الا يرى انه اذا اذن للمدبر وام الولد ولحقهما
الدين لا يباعان فيه فكانت خالص حق المولى وجاز ان يكون مأذونا ولا يباع بخلاف
الكسب فان قضاء الدين من كسبه من لوازم الاذن في التجارة وهو حق العبد ثم ان حضر مولاه
فقال هو مأذون له بيع في الدين لظهوره في حق المولى وان قال هو محجور فالقول قوله وعلى
الغرماء البينة لان دعواه الاذن كدعواه الاعتاق والكتابة فلا يقبل قوله عند جحود المولى الا
بالبينة فصل لما فرغ من احكام اذن العبد في التجارة بين احكام اذن الصبي لانه قدم
الاول لكثرة وقوعه وكونه مجمعا عليه في جوازه اعلم ان الصبي الذي يعقل ان البيع سالب للملك
والشراء جالب له ويعرف الغبن اليسير من الفاحش اذا اذن له الولي كان كالعبد المأذون
في نفوذ تصرفه وعدم التقييد بنوع دون نوع وصيرورته مأذونا بالسكوت وصحة اقراره بما في يده
وغير ذلك مما ذكر في العبد وقال الشافعي لا ينفذ تصرفه لان حجره لصباه نفسه وهو باق بعد الاذن وبقاء
العلة يستلزم بقاء المعلول بخلاف حجر الرقيق فانه ليس للرق نفسه بل لحق المولى وهو سقط باذنه
وصار كالطلاق والعتاق لا يصحان منه وان اذن له الولي بخلاف الصوم النفل والصلوة النافلة لانها
لا يتمانن بالولي فيصحان منه وكذا الوصية على اصله يعني قلت بصحتها اصله ان كل تصرف لا يتحقق
من المولى في حقه صح تصرفه بنفسه منه وما يتحقق منه لا يصح مباشرة الصبي فيه بنفسه لان تصرفه بنفسه بسبب
الضرورة وقد تحققت فيجب تنفيذها اما البيع والشراء فيتولاه الولي فلا ضرورة ولنا ان التصرف
المشروع صدر من اهله في محله عن ولاية شرعية فيجب تنفيذه اما انه تصرف شرعي فلان الله تعالى احل البيع
من غير فصل بين البالغ والصبي واما انه صدر من اهله فلانه عاقل مميز يعلم ان البيع سالب والشراء
جالب ويعلم الغبن اليسير من الفاحش والاهلية لهذا التصرف بكونه كذلك واما انه في محله فلكون
المبيع مالا متقوما واما الولاية الشرعية فلانه صدر باذن وليه والولي له هذا التصرف فكذا من اذن له
الا يرى ان الطلاق والعتاق لما لم يملكه الولي لا يملك الاذن به فصدوره من الصبي لا يكون عن ولاية شرعية
وان اذن الولي بذلك ولانا نقول ان حجر الصبي ليس بذاته بل بالغير وهو عدم الهداية في امور التجارة فصار
كالعبد في كون حجره لغيره وهو حق المولى فاذا اذن له المولى زال ذلك الغير لانه يعلم انه لو لم يكن هاديا
في امور التجارة لما اذن له الولي فصح تصرفه كما لو اذن للعبد المولى بخلاف الطلاق والعتاق فانهما من التصرفات
الضارة المحضة فلا يؤهل لها اصلا عندنا ايضا وليس الكلام فيها والحاصل ان تصرفات الصبي على
ثلثة اقسام نافع محض وضار محض ومتردد بينهما ولاحكام كل منها اشار المص بقوله تصرف الصبي
يعني العاقل ان نفع كالاسلام اعلم ان الاسلام وفروعه حسن ونفع محض فلا يليق بالشارع الحكيم
الحجر عنه فان قيل هو يحتمل الضرر بالالتزام والعهدة حيث يأثم بتركه فالجواب عنه لا ضرر فيه الا من جهة لزوم
الاداء وهو موضوع عن الصبي لانه مما يحتمل السقوط بعد البلوغ بعذر النوم والاغماء والاكراه واما
نفس الاداء وصحته فنفع محض لا ضرر فيه فان قيل فيلزم باسلامه حرمان الميراث عن مورثه الكافر والفرقة

بينه وبين زوجته الوثنية وكل منهما ضرر فالجواب انهما يضافان الى كفر الآخر لا الى الاسلام كذا في التلويح والتوضيح وقبول الهبة وقبول الصدقة صح بلا اذن يعني ان الصبي اهل لذلك التصرف قبل اذن من له ولاية الاذن وبعده الحاقاً للبالغ في النافع لوجود النظر في نفوذه واكتفاء بالاهلية القاصرة فيه وان ضر كالطلاق والعتاق فلا يصح ولو باذن من له الاذن بالصبي الغير العاقل في الضار المحض في عدم نفوذه من لمائي نفوذه من ترك النظر له وان احتملهما اي النفع والضرر كالبيع والشراء صح بالاذن الحاقاً له بالبالغ عند الاذن لان نقصان رأيه ينجبر برأي الولي لا بدونه اي لا يصح ما يحتملهما بدون الاذن الحاقاً له بالطفل لانتفاء ما يدفع الضرر لكن قبل الاذن يكون منعقداً موقوفاً على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نفعاً فانه احد المحتملين وصحة التصرف في نفسه لصدوره من اهله في محله ولو بلغ فاجازه جاز عندنا خلافاً لزفر فان قيل اذا باع شيئاً باضعاف قيمته كان نافعاً محضاً كقبول الهبة فيجب نفوذه بلا توقف اجيب بان المعتبر في ذلك هو اصل الوضع لا الجزئيات الواقعة العارضة له باتفاق الحال والبيع في اصل وضعه [illegible] متردد بخلاف الهبة لانها ضرر محض وقبولها نفع محض ولا دخل للولي فيهما ذكره الزيلعي والاكمل فاذا اذن للصبي في التجارة ابوه او جده وهو اب الاب عند عدمه اي عدم الاب او وصي احدهما او القاضي فحكمه حكم العبد المأذون في نفوذ تصرفه هذا عندنا وقال الشافعي لا ينفذ تصرفه وقد ذكرنا قريباً ادلة الطرفين وتحقيق المسئلة مفصلاً واعلم ان ما ذكر ممن له الولاية ليس المراد به الترتيب لان وصي الاب مقدم على الجد والترتيب في ولاية الاذن انه للاب ثم لوصيه ثم للجد ثم لوصيه ثم للقاضي او لوصيه ثم للوالي لا لصاحب الشرط وهو امير البلدة لان الوالي اكبر منه لان له ولاية تقليد القضاء دون صاحب الشرط كذا في العناية بشرط ان يعقل الصبي كون البيع سالباً للملك والشراء جالباً له ويعرف الغبن اليسير من الفاحش فلو اقر الصبي العاقل المأذون في التجارة لانسان بعين او لعبد او لغيره بما في يده من كسبه عيناً كان او ديناً او من ارثه صح اقراره هذا في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة في رواية هي عنه انه لا يجوز اقراره في الارث لان صحة اقراره في كسبه لحاجته في التجارة الى ذلك لكيلا يمتنع الناس عن معاملته في التجارة وهي معدومة في الموروث وجه الظاهر ان الحجر لما انفك عنه بالاذن التحق بالبالغين ولهذا نفذ ابو حنيفة بعد الاذن تصرفه بالغبن الفاحش كالبالغين فكان الموروث والمكسوب في صحة الاقرار سواء لكونهما ماليه والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بالمعنى المذكور بمنزلة الصبي العاقل فيصير مأذوناً باذن الاب والوصي والجد دون غيرهم من الاقارب كالابن للمعتوه والاخ والعم دون القاضي فان له ولاية على اذن المعتوه هذا اذا بلغ معتوهاً فاما اذا بلغ عاقلاً ثم عته فاذن له الاب في التجارة هل يصح اذنه كان الفقيه ابو بكر البلخي يقول لا يصح اذنه قياساً وهو قول ابي يوسف ويصح استحساناً وهو قول محمد وكان الفقيه ابو بكر محمد بن ابرهيم الميداني يقول لا يصح اذنه قياساً وهو قول زفر ويصح استحساناً وهو قول علمائنا على ما يقوله الثلثة وعلى هذا اذا بلغ عاقلاً ثم جن وحاصل الخلاف راجع الى انه متى عته او جن بعد ما بلغ عاقلاً هل يعود ولاية الاب عليه ثانياً فعلى قول علمائنا على ما يقوله الفقيه محمد بن ابرهيم يعود وعلى قول زفر لا يعود وعلى ما يقوله البلخي لا يعود في قول ابي يوسف وانما يعود الولاية الى القاضي هم

او السلطان

او السلطان وعلى قول محمد يعود الولاية الى الاب ثم الاب اذا اذن لعبد ابنه الصغير فهو جائز وكذلك وصي الاب بعد موت الاب والجد بعد موت الاب اذا اذن ولم يكن له وصي من جهة الاب يصح اذنه واما اذا كان الاب حياً فانه لا يصح اذن الجد وكذلك اذا كان له وصي الاب لا يصح اذن الجد وعند الشافعي الجد اولى من وصي الاب وعندنا وصي الاب اولى وصح اذن الوصي او القاضي لعبد اليتيم في الذخيرة واذا اذن القاضي لعبد اليتيم في التجارة وليس لليتيم وصي الاب جاز اذن القاضي وفي المحيط واذا كان للصغير او المعتوه اب او وصي او جد اب الاب فرأى القاضي ان يأذن الصبي او المعتوه في التجارة واذن له وولي ابوه فانه جائز وان ولاية القاضي مؤخرة عن ولاية الاب والوصي كذا في التاتارخانية وفي الاب او الوصي اذا اذن للصغير او لعبد الصغير في التجارة صح اذنهما وسكوتهما يكون اذناً والقاضي يملك اذن الصغير ويملك اذن عبد الصغير وسكوته لا يكون اذناً فان مات الاب والوصي بعد الاذن قبل بلوغ الصغير بطل الاذن وان بلغ الصغير والاب او الوصي حي لا يبطل الاذن والقاضي اذا اذن للصغير او لعبده في التجارة وابى الاب او الوصي فاباؤهما باطل وان حجر عليه بعد اذن القاضي لا يصح حجرهما وكذا لو مات القاضي لا ينحجر العبد الا ان يرفع الامر الى قاض اخر حتى يحجر عليه لان ولاية هذا القاضي مثل ولاية الاول رجل ادعى على صبي مأذون شيئاً فانكر اختلفوا في تحليفه ذكر في كتاب الاقرار انه يحلف وعليه الفتوى العبد المأذون اذا اودع شيئاً عند انسان لا يملك المولى اخذ الوديعة كان العبد مأذوناً او محجوراً كذا في قاضيخان ولعل ما ترى من المخالفة بين ما نقل من المحيط وما نقل من قاضيخان مبني على اختلاف الروايات فتأمل عند الفتوى ترشد للتقوى والعلم عند الله وهو المرجع في الاولى والعقبى كتاب الغصب ايراد الغصب بعد الاذن في التجارة لوجهين احدهما ان الغصب من انواع التجارة ما لا حتى ان اقرار المأذون لما صح بدون التجارة دون غيرها صح بدين الغصب ولم يصح بدين المهر لكون الاول من التجارة دون الثاني فكان ذكر النوع بعد ذكر الجنس مناسباً والثاني ان المغصوب ما دام قائماً بعينه في يد الغاصب لا يكون الغاصب مالكاً لرقبته فصار كالعبد المأذون فانه غير مالك لرقبة ما في يده من اموال التجارة وان كان يتصرف فيه تصرف الملاك فذكر احد المتجانسين متصلاً بالآخر من المناسبة الا انه قدم الاذن في التجارة لانه مشروع من كل وجه والغصب ليس بمشروع قال في الاختيار وهو تصرف منهي عنه حرام لكونه تصرفاً في مال الغير بغير رضاه قال الله تعالى ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان يكون تجارة عن تراض منكم ولان حرمة مال المسلم كدمه قال عليه السلام كل المسلم على المسلم حرام دمه وعرضه وماله وقال عليه السلام لا يحل مال امرء مسلم الا بطيبة نفس منه وعلى حرمته الاجماع وهو من المحرمات عقلاً لان الظلم حرام عقلاً على ما عرف في الاصول انتهى هو لغة اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب سواء كان متقوماً او غيره يقال غصب زوجة فلان وخمر فلان وشرعاً اخذ مال علناً متقوم محترم بلا اذن من له الاذن على وجه يزيل يده في العين فقهه لفظ جنس يشمل الحد وغيره في قولهم وقوله مال احتراز عن الحر لعدم ماليته اذ لا يتحقق الغصب فيهما وقوله علناً احتراز عن السرقة وقوله متقوم احتراز عن خمر المسلم وقوله محترم احتراز عن مال الحربي فانه غير محترم وقوله بلا اذن من له الاذن احتراز عن الوديعة والعارية والرهن واما لم يقل بلا اذن مالكه لان كون المأخوذ ملكاً ليس بشرط لوجوب الضمان فان الموقوف مضمون بالاتلاف وليس بمملوك اصلاً صرح به في البدائع وقوله يزيل يده في العين لا بد من هذا القيد على اصل

الشيخين وبدونه ينطبق بحد على قول محمد فان قلت هذا القيد لا يتحقق في الغصب عن الغاصب قلت
غاصب الغاصب ليس بغاصب بل ملحق به في اجراء احكامه عليه على ما اشير اليه في المحيط واعلم ان الشيخين
اعتبرا في الغصب ازالة اليد المحقة باثبات اليد المبطلة بفعل في العين ومحمد اكتفى بازالة اليد
المحقة مطلقا والشافعي اكتفى باثبات اليد المبطلة ويتفرع على هذا مسائل منها ان زوائد المغصوب
وثمرة البستان لانها لا يكون مضمونة عندنا خلافا للشافعي لتحقق اثبات اليد المبطلة دون
ازالة اليد المحقة ومنها ان العقار لا يغصب عندهما لعدم تحقق الازالة بفعل فيه لان يد المالك لا تزول
الا باخراجه عنه وهو فعل فيه لا في العقار خلافا لمحمد والشافعي لتحقق مطلق الازالة والاثبات
فيه ومنها كون استخدام العبد وحمل الدابة غصبا لا جلوسه على البساط كما سيأتي هذا تحقيق
حد الغصب عند القوم لكن المص اقتصر فيه على بعض القيود حيث قال الغصب ازالة اليد
المحقة واثبات اليد المبطلة ايثارا لمذهب الشيخين وردا لمخالفيهما ولكونه هذا مبنى تفرع
المسائل الكثيرة فاستخدام العبد في امور الغاصب نفسه وحمل الدابة بلا اذن مالكهما غصب لانه
اثبت فيهما اليد المتصرفة ومن ضرورته ازالة يد المالك في الينابيع ولو استخدم عبد غيره بغير اذن صاحبه
او قاد دابته او ساقها او ركبها او حمل عليها شيئا بغير امر المالك ضمن سواء عطب في تلك الخدمة
او غيرها وفي المحيط وسئل شمس الاسلام عمن استعمل عبد الغير او جارية الغير وابق في حال الاستعمال
قال فهو ضامن بمنزلة المغصوب اذا ابق من يد الغاصب ولو ركب دابة رجل حال غيبته بغير امره
ثم نزل عنها وتركها في مكانها ذكر في آخر كتاب اللقطة ان عليه الضمان وذكر الناطفي في واقعاته اختلف
الروايات فيه والصحيح انه لا يضمن على قول ابي حنيفة وفي الظهيرية حتى يحولها عن مكانها وفي الغياثية هو المختار
وفي المنتقى انه لا ضمان [illegible] كذا في التاتار
خانية لا جلوسه على البساط لان البسط فعل المالك فلا يكون الغاصب مزيلا ليده مع بقاء اثر فعله وحكمه اي
الاثم اي استحقاق المعقوبة بالنار لظلمه بفعل ما حرم شرعا ان علم الغاصب حين الغصب انه ملك الغير ووجوب
رد عينه اي عين المغصوب سواء علم حين الغصب انه ملك الغير او لم يعلم لانه حق العبد فلا يتوقف على علمه
وقصده ولا اثم عند عدم العلم لان الخطأ موضوع اعلم ان رد العين هو الموجب الاصلي على ما قالوا ورد
القيمة مخلص خلفا لانه قاصر اذ الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد العين مخلص
ويظهر ذلك في بعض الاحكام فمنها ما اذا ابرأ الغاصب عن الضمان حال قيام العين فانه يبرأ حتى لو هلك بعد
ذلك في يده لا ضمان عليه ولو لم يكن وجوب القيمة على الغاصب في الحال ثابتا لما صح الابراء لان الابراء عن
العين لا يصح ومنها صحة الكفالة لا تصح بالعين ومنها وجوب الزكوة فان الغاصب اذا كان له نصاب في ملكه
وقد غصب شيئا وهو قائم في يده لا يجب عليه الزكوة اذا انتقص النصاب بمقابلة وجوب قيمة المغصوب
قيل والصحيح هو الاول لان الموجب الاصلي لو كان القيمة لجاز للغاصب ان يمتنع عن رد العين اذا اقدر
على القيمة لان المصير الى الخلف انما يكون عند عدم القدرة على الاصل وليس كذلك والجواب عن مسئلة الابراء
ان ما هو بعرضية ان يؤخذ فله شبهة الوجود في الحال والقيمة كذلك فكان الابراء صحيحا من ذلك الوجه وعن
مسئلة الكفالة ان الكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها صحيحة والمغصوب منها وعن مسئلة الزكوة فما ذكرنا

في مسئلة

في مسئلة الابراء كذا في العناية ثم علم الغاصب بكون المغصوب ملك غيره ليس شرطا لوجوب الضمان
حتى لو اخذ مالا على وجه يحق له اخذه ظاهرا وفي الباطن بخلافه كما اذا اشترى شيئا او ملكه بوجه من الوجوه
فتصرف فيه ثم تبين انه مستحق فضمن انه لا اثم عليه لان العلم به ليس شرطا لتحقق الغصب وهو شرط
ثبوت المؤاخذة قال الله تعالى وليس عليكم جناح فيما اخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم ثم ما يخرج
به الغاصب عن عهدة الضمان شيئان احدهما اداء الضمان الى المالك ومن يقوم مقامه لانه الاصل
في طريق الخروج عن عهدة الواجب اداؤه ولو هلك المغصوب في يد الغاصب الثاني فادى القيمة
الى الغاصب الاول يبرأ عن الضمان في الرواية المشهورة وروى عن ابي يوسف انه لا يبرأ الا بقضاء
القاضي لان الضمان الواجب عليه للمالك فلا يسقط عنه الا بالاداء الى المالك وجه المشهورة ان الضمان
خلف عن العين قائم مقامه ثم لو رد العين برئ عن الضمان فكذا اذا رد القيمة لان ذلك رد العين من حيث
المعنى والثاني الابراء وهو نوعان صريح ودلالة اما الاول فهو ان يقول ابرأتك عن الضمان او
اسقطته عنك او وهبته منك وما اشبه ذلك فيبرأ عن الضمان لانه اسقط حق نفسه وهو
من اهل الاسقاط والمحل قابل للسقوط فيسقط واما الثاني فهو ان يختار المالك تضمين احد
الغاصبين فيبرأ الآخر فلو ابرأه عن ضمان العين وهي قائمة في يده صح الابراء وسقط عنه الضمان
عند اصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يصح كذا في البدائع ان كانت العين المغصوبة باقية بلا تغير فقال
في الاختيار والغصب على ضربين احدهما لا يتعلق به اثم وهو ما وقع من جهل كمن اتلف مال الغير وهو يظن
انه ملكه او ملكه من هو في يده وتصرف فيه واستهلكه ثم يظهر انه لغيره فلا اثم عليه قال عليه السلام رفع
عن امتي الخطأ والنسيان الحديث ومعناه الاثم والثاني تعلق به الاثم وهو ما ياخذه على وجه التعدي فانه
يأثم باخذه وامساكه فعليه رده لقوله عم على اليد ما اخذت حتى ترد وقال عم لا ياخذ احدكم متاع اخيه
لاجادا ولا لاعبا فاذا اخذ احدكم عصى اخيه فليرده عليه ولانه يجب عليه رفع المظلم وذلك بما ذكرنا انتهى
انتهى ومن حكم الضمان لو هلكت ففي المثلي اي فيما يضمن بمثله كالكيلي مثل الحنطة والملح والوزني الذي ليس
في تبعيضه ضرر وفي المحيط ثم مشايخنا استثنوا من الموزونات الناطف المزر والدهن المربى فقالوا بضمان
القيمة فيهما وفي الذخيرة والغزل من ذوات الامثال قال الطحاوي في كتابه كل ما يوزن فهو ليس من ذوات
الامثال وفي السير الكبير ومن اتلف على آخر جبنه فعليه قيمة الجبن مثليا مع انه موزون كذا في التاتارخانية
والعددي المتقارب مثل الجوز والبيض وكالفلوس الرائجة وما اشبه ذلك من العدديات التي لا يتفاوت
آحاده يجب مثله لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم والمثل اذا اطلق
ينصرف الى ما هو مثل صورة ومعنى ولان المثل صورة ومعنى اعدل لما فيه من رعاية الجنسية والمالية لان الحنطة
مثلا مثل الحنطة جنسا ومالية الحنطة المؤداة مثل مالية الحنطة المغصوبة لان الجودة ساقط العبرة في الربويات
فكان ادفع للضرر فان الغاصب فوت على المغصوب منه الصورة والمعنى فالجبر التام ان يتداركه بما هو
مثل صورة ومعنى فان انقطع المثلي يجب قيمته يوم الخصومة عند ابي حنيفة وهو الاصح كما في الخزانة وهو الصحيح
كما في التحفة وعند ابي يوسف يوم الغصب وهو المختار على ما قال صاحب النهاية وعند محمد يوم الانقطاع وعليه
الفتوى كما في خيرة الفتاوى وبه افتى كثير من المشايخ كما في صرف الكفاية كذا في القهستاني وقال في صدر الشريعة

مذهب ابي يوسف اعدل اذا لم يبق شيء من نوعه في يوم لخصومته والقيمة تختلف بكثرة الرغبات وقلتها
وفي المعدوم هذا متعذر او متعسر ويوم الانقطاع لا ضبط له ويمكن ان يجاب عنه بما ذكر في النهاية حيث قال
وحد الانقطاع ما ذكره ابو بكر البلخي هو ان لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت
وعلى هذا انقطاع الدراهم انتهى ولابي حنيفة ان النقل الى القيمة لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا لو صبر الى
ان يوجد جنسه له ذلك ولا يجبر على اداء القيمة وانما ينتقل بقضاء القاضي فيعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء
ولابي يوسف انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب وهو الغصب اذ هو السبب
ولمحمد ان الواجب المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فتعتبر قيمته يوم الانقطاع ويجب في
القيمي كالعددي المتفاوت والذرعي والحيوان والوزني الذي يضر تبعيضه هكذا في التاتارخانية فان
من الموزونات ما ليس بمثلي وهو الذي في تبعيضه ضرر كالمصنوع من القمقم والطست ذكره الاكمل
وقال في القهستاني ويجب فيما يتفاوت آحاده في المالية من القيمي قيمته يوم الغصب بالاجماع كما
في المضمرات وكذا اذا استهلكه عنده واما عندهما فقيمته يوم الاستهلاك كما في المختلفات انتهى وفي البر المخلوط
بالشعير تجب قيمته يوم الغصب اجماعا اما وجوب القيمة في العددي المتفاوت ونحوه فلتعذر مراعاة الحق
في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان بخلاف العددي المتقارب فانه كالمكيل حتى
يجب مثله لقلة التفاوت واما في البر المخلوط بالشعير فلانه لا مثل له ففيه القيمة فان ادعى الغاصب الهلاك
اي هلاك المغصوب حبس اي حبسه الحاكم حتى يعلم انه لو كان باقيا لاظهره ومقدار ذلك مفوض الى رأي الحاكم
ثم يقضي عليه بالبدل اعلم ان هذا اذا لم يرض المالك بالقضاء بالقيمة فان رضي او حبسه الحاكم مدة ولم
يظهره قضى عليه ببدله بما اتفقا عليه من القيمة او اقام المالك بينته على ما يدعيه من القيمة لان الواجب رد
العين والهلاك بعارض فالغاصب مدع امرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله فان قيل ذكر في الذخيرة في السير
ان الغاصب اذا غيب المغصوب فالقاضي يقضي عليه بالقيمة من غير تلوم فما وجهه قيل في المسئلة روايتان
وقيل المذكورة في الذخيرة جواب الجواز والمذكور في الكتاب جواب الافضل كذا في العناية والقول في القيمة
للغاصب مع يمينه لانه ينكر الزيادة وان اقام المالك البينة على الزيادة قضي بها لانها حجة ملزمة واذا قضى القاضي
عليه بالقيمة ملكه مستندا الى وقت الغصب لانه قابل للنقل من ملك الى ملك وقد ملك المالك بدله فيملك الغاصب
المبدل لئلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد دفعا للضرر عنه ويسلم للغاصب الاكساب للتبعية ولا يسلم الاولاد
لان تبعيتهم فوق تبعية الاكساب الا يرى ان ولد المدبر والمكاتب مدبر ومكاتب ولا يكون اكسابهما مدبرا
ومكاتبا واذا ظهرت العين وقيمتها اكثر وقد ضمنها بنكوله او بالبينة او بقول المالك سلمت للغاصب لانه ملكها
برضاء المالك حيث ادعى هذا القدر وان ضمنها بيمينه فالمالك ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين
ورد العوض لانه ما رضي به وانما اخذه لعجزه عن الوصول الى كمال حقه كالمكره وكذا لو ظهر وقيمته مثل ما ضمن او اقل
لانه لم يرض حيث لم يعط ما ادعاه فيثبت له الخيار كذا في الاختيار والغصب انما هو فيما ينقل ويحول
فلو غصب عقارا وهو كل ما له اصل كالدار والضيعة فهلك في يده بغير صنعه بان غلب السيل عليه
فبقيت تحت الماء او انقطع عنها الشرب او انهدمت الدار بآفة سماوية او جاء السيل فذهب
بالبناء لا يضمن عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد فان عنده يضمن وهو قول ابي يوسف الاول وزفر والشافعي

لتحقق

لتحقق اثبات اليد بالسكنى ووضع الامتعة وغير ذلك ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين
من جنس واحد على محل واحد في حالة واحدة فصار كالمنقول وجحود الوديعة في العقار ولابي حنيفة وابي يوسف
في قول الخير ان الغصب اثبات اليد العدوان بسبب ازالة يد المالك وهذا المجموع لا يتصور في العقار
لان يد المالك لا يزول الا باخراجه المالك عن العقار والاخراج فعل في المالك لا في العقار فانتفى ازالة اليد والكل ينتفي
بانتفاء جزئه كما اذا ابعد المالك عن المواشي حتى تلفت فان ذلك لا يكون غصبا الا في المنقول النقل فعل
فعل فيه وهو الغصب في مسئلة الجحود ممنوعة ذكر في المختلفات ان الوديعة ان كانت عقارا لا يضمن بالجحد
وذكر في المبسوط والاصح ان يقول جحود الوديعة بمنزلة الغصب فلا يكون موجبا للضمان في العقار في قول ابي حنيفة
وابي يوسف ولو سلم فالضمان هناك لترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك كذا في العناية والكافي وفي الزاد والصحيح
قول ابي حنيفة وابي يوسف كذا في التاتارخانية غصب المشاع هل يتحقق ذكر ركن الدين ابو الفضل الكرماني في
في اشارات الجامع انه لا يتحقق وفي الاقضية قال يتحقق وعليه الفتوى كذا في الخلاصة رجل له على آخر دين
فاخذ من ماله مثل حقه قال ابو نصر محمد بن سلام يصير غاصبا وما اخذ يكون قصاصا بما عليه والمختار انه لا يصير
غاصبا لكن يكون مضمونا او طريق قضاء الدين هذا ولو اخذ غير صاحب الدين ودفع الى صاحب الدين
اختلف المشايخ فيه قال محمد بن سلمة ان شاء ضمن الآخذ وان شاء ضمن صاحب الدين وقال نصر بن يحيى
لا خيار له ويكون قصاصا وما قاله نصير اليوم بالقول المختار وعليه الفتوى كذا في الاستحسان التاتارخانية وما
نقص منه اي من العقار بان فات جزء منه او غيره بفعله كسكناه وزرعه ضمن في قولهم جميعا اما على قول
محمد والشافعي فظاهر واما على قول ابي حنيفة وابي يوسف فلانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه
لانه فعل في العين اعلم ان الارض انتقصت بالزراعة يغرم النقصان بان ينظر بكم كان يستأجر
هذه الارض قبل استعمالها وبكم يستأجر بعد استعمالها فتفاوت ما بينهما نقصانها وهذا قول نصير بن
يحيى واذا هلك المنقول في يد الغاصب بفعله او بغير فعله ضمنه ثم ان نقص المغصوب في يد الغاصب ينجبر
بنقصانه بوجه آخر ضمن النقصان سواء كان النقصان في بدنه مثل ان كانت جارية فاعورت او ناهدة الثديين
فانكسر ثديها او في غير بدنه مثل ان كان عبدا محترفا فنسي حرفته لانه دخل في ضمانه بجميع اجزائه في الغصب
وقد فات عنه بعضه فتعذر رد عينه وما تعذر رد عينه يجب رد قيمته واما اذا انجبر نقصانه مثل ان ولدت
المغصوبة عند الغاصب فردهما وفي قيمة الولد وفاء بنقصان الولادة فلا يضمن الغاصب شيئا عندنا خلافا
لزفر فان كان النقصان تراجع السعر اما ان يكون الرد في مكان الغصب او لا فان كان فيه فلا ضمان عليه لان تراجع السعر
بفتور رغبات الناس لا بفوات جزء وان لم يكن فيه يخير المالك بين اخذ القيمة والانتظار الى الذهاب
الى ذلك المكان فيسترده لان النقصان حصل من قبل الغاصب بنقله الى هذا المكان كذا في العناية ويأخذ
رأس ماله ويتصدق بالفضل عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف لا يتصدق به فعنده يطيب له الفضل لانه
حصل في ضمانه لملكه الاصل ظاهرا فان المضمونات تملك باداء الضمان مستندا على ما تقدم ولهما انه حصل بسبب
خبيث وهو التصرف في ملك الغير والربح يحصل على صفة الاصل والملك الخبيث سبيله التصدق به ولو صرفه
في حاجة نفسه جاز ثم ان كان غنيا تصدق بمثله وان كان فقيرا لا يتصدق كذا في الاختيار والعناية وكذا
لو استغل العبد المغصوب بان آجره فنقصه الاستغلال بان يكون مهزولا في العمل او آجر المستعير المستعار

والمودع ونقص ضمن النقصان وما فضل من الغلة والاجرة تصدق به خلافا له قد عرفت انه دخل
جميع اجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته ونقصان وصفه فيما تعذر فيه الرد
فوجب رد قيمة النقصان وتصدق بالغلة عند ابي ح ومحمد وعند ابي يوسف لا يتصدق بها وعلى هذا
اذا آجر المستعير المستعار والمودع الوديعة لابي يوسف انه حصل في ضمانه وملكه اما الضمان فظاهر
لان المغصوب دخل في ضمان الغاصب واما الملك فلانه يملكه من وقت الغصب مستندا اذا ضمن ولهما القول
بالموجب اي سلمنا انه حصل في ملكه وضمانه لكنه بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير فكان سبيله
التصدق اذ الفرع يحصل على وصف الاصل كالصلاة المصلية وهو موصوف فان قيل التصرف في ملكه
مستندا فكيف يكون الخبث اجيب بان الملك المستند ناقص لكونه ثابتا من وجه دون وجه ولهذا يظهر
في حق القائم دون الغائب فلا ينعدم به الخبث فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمن له ان يستعين
بالغلة في اداء الضمان لان الخبث لاجل المالك ولهذا لو سلم الغلة مع العبد الى المالك يباح له التناول
فيزول الخبث بالاداء اليه بخلاف ما اذا باع الغاصب العبد فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه
المشتري فان الغاصب ليس له ان يستعين بالغلة في اداء الثمن الى المشتري لان الخبث ما كان
لاجله الا اذا لم يجد الغاصب غير الغلة لانه محتاج اليه وللمحتاج ان يصرفه الى حاجة نفسه وهو اولى
بذلك لانها ملكه وان كان فيه خبث فلو اصاب مالا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت استهلاك
الثمن وان كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا انه محتاج وكذلك ان استهلك الغلة مكان الثمن ان كان محتاجا
فلا شيء عليه وان كان غنيا فعليه ان يتصدق بمثله ثم فقهه ونقص ضمن النقصان يعني ان نقص في يد
الغاصب ضمن النقصان في غير الربوي اما في الربويات كما اذا غصب حنطة فعفنت عنده او اناء ذهب
فانهشم في يده فلا يمكن بتضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربوا لكن صاحبه بالخيار
ان شاء اخذ ذلك بعينه ولا شيء له غيره وان شاء تركه وضمن مثله كذا في العناية وانية الصفر
والرصاص ان بيعت وزنا من الربويات وعددا لا ولو غصب عنبا فصار زبيبا او عصيرا فصار خلا
او رطبا فصار تمرا فالمالك بالخيار ان شاء اخذ عينه لا غير وان شاء ضمن مثله ولو غصب عبدا او جارية
صغيرة فكبر لاخذه ولا شيء للغاصب للمنفعة قال عليه السلام من وجد عين ماله فهو احق به ولو كان شابا فصار
شيخا او شابة فصارت عجوزة ضمن النقصان والشلل والعرج وذهاب السمع والبصر ونسيان الحرفة
والقرآن والاباق والسرقة والجنون والزنا عيب يوجب النقصان ان حدثت عند الغاصب ضمنها
كذا في الاختيار وان تصرف الغاصب في الغصب اي في المغصوب او المودع في الوديعة فربح وهما
يتعينان بالتعيين اي بالاشارة كالعروض تصدق بالربح كله عند ابي ح ومحمد خلافا له اي لابي يوسف
ايضا قد عرفت الدلائل من الجانبين وجوابهما في الوديعة اظهر لانه لا يستند الملك الى ما قبل التصرف لانعدام
سبب الضمان فكان التصرف في غير ملكه مطلقا فيكون الربح خبيثا وان كانا لا يتعينان كالثمنين
الدراهم والدنانير فان اشار اليهما ونقدهما فكذلك لان الاشارة اذا كانت لا تفيد التعيين كان وجودها
وعدمها سواء فلا بد ان يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث وان اشار الى غيرهما ونقدهما او اشار اليهما ونقد
غيرهما او اطلق ونقدهما طاب له الربح اتفاقا وهذا التفصيل في الجواب قول ابي الحسن الكرخي

قيل وبه

قيل وبه يفتى قال صاحب المحيط والذخيرة الفتوى اليوم على قول ابي الحسن الكرخي لكثرة الحرام دفعا
للحرج عن الناس وعلى هذا تقرر رأي الشيخ الامام الاجل الصدر الشهيد هكذا في التاتارخانية والمختار
انه لا يطيب مطلقا فيجب التصدق صح قال فخر الاسلام قال مشايخنا لا يطيب قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان
في الوجوه كلها وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة بقوله يتصدق بجميع الربح كذا
في العناية قال في البدائع ذكر ابو النصر الصفار والفقيه ابو الليث انه يطيب في الوجوه كلها لان
الواجب في ذمة المشتري دراهم مطلقة والموجود بدل عما في الذمة اما عند عدم الاشارة فظاهر واما عند الاشارة
فلان الاشارة الى الدراهم لا يفيد التعيين فالتحقت الاشارة اليها بالعدم فكان الواجب في ذمته دراهم
مطلقة والدراهم المنقودة بدلا عنها فلا يخبث المشتري وذكر ابو بكر الاسكاف انه لا يطيب في الوجوه
كلها وهو الصحيح لانه استفاد بالحرام ملكا بطريق الحقيقة او الشبهة فيثبت الخبث وهذا لانه ان اشار
الى الدراهم المغصوبة فالمشار اليه ان كان لا يتعين في حق الاستحقاق تعين في حق جواز العقد لمعرفة
جنس النقد وقدره فكان المنقود بدل المشتري من وجه نقد منها او من غيرها وان لم يشر اليها ونقد
منها فقد استفاد بذلك سلامة المشتري فتمكنت الشبهة فيخبث الربح واطلاق الجواب في الجامعين
والمضاربة دليل صحة هذا القول ومن مشايخنا من اختار الفتوى في زماننا بقول الكرخي تيسيرا للامر
على الناس لازدحام الحرام وجواب الكتاب اقرب الى التنزه ولان دراهم الغصب مستحقة الرد على صاحبها
وعند الاستحقاق ينفسخ العقد في الاصل انتهى وفي الذخيرة قال شمس الائمة هذه المسألة ذكرها هشام
بتمامها في نوادره عن محمد احد وجوهها ان يشتري شيئا بعين دراهم فيها خبث ويضيف العقد
اليها وينقد منها ففي هذا الوجه لا يحل له والوجه الثاني ان يضيف العقد الى تلك الدراهم التي فيها خبث
الا انه لم ينقد منها وانما نقده من مال آخر لا خبث فيه ففي هذا الوجه امر المشتري يكون اهون من
الاول ولا يكون خبثا شديدا على الوجه الذي نقد منها بل يكون فيه نوع خبث لاجل الاضافة الى تلك
الدراهم والوجه الثالث ان يشتري شيئا ولا يعين من تلك الدراهم ولا يضيف العقد اليها ولكن ينوي بقلبه
ان ينقد منها وانه على وجهين ان حقق نيته بان نقد من تلك الدراهم كما نوى ففي هذا الوجه اختلاف
المشايخ قال بعضهم المشتري يطيب له وقال بعضهم لا يطيب قال شمس الائمة الحلواني وهو الصحيح وان لم
يحقق نيته بان لم ينقد من تلك الدراهم يطيب له المشتري لانه لو لم يطيب له لما لم يطيب بمجرد الغرم
ومجرد الغرم لا اثر له والوجه الرابع ان يشتري شيئا ولا يعين تلك الدراهم ولا يضيف العقد اليها
ولا ينوي بقلبه ان ينقد منها ثم نقدها ففي هذا الوجه المشتري يطيب له كذا في التاتارخانية
ولو اشترى بالف الغصب والوديعة جارية تعدل الفين فوهبها او اشترى بها طعاما يساوي
الفين فاكله لا يتصدق بشيء لانه لا يحصل له الربح ولان الخبث انما يثبت لشبهة عدم الملك والشبهة
توجب التصدق اما لا يوجب التضمين فلا ولو غصب الفا فاشترى بها جارية فباعها بالفين
ثم اشترى بالفين جارية فباعها بثلاثة آلاف يتصدق بجميع الربح في قول ابي ح ومحمد وعند ابي يوسف
لا يلزمه التصدق بشيء لانه ربح مضمون ومملوك ايضا لانه عند اداء الضمان يملكه مستندا الى وقت
الغصب وبمجرد الملك يطيب فكيف اذا اجتمع الضمان والملك ولهما ان الطيب كما لا يثبت بدون

الملك

الضمان لا يثبت بدون الملك بطريق الاولى فروع لو غصب منه انسان شيئاً فجاء آخر وغصبه منه
وهلك في يده فالمالك بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني اما تضمين الاول فلوجود
فعل الغصب منه وهو تفويت يد المالك واما الثاني فلانه فوّت يد الغاصب الاول في تمليكه ويده يد المالك
من وجه لانه يحفظ ماله ويتمكن من رده على المالك ويستقر بها الضمان في ذمته فكانت منفعة يده عائدة
الى المالك فاشبه يد المودع فقد وجد من كل واحد منهما سبب وجوب الضمان الا ان المغصوب واحد فخيرنا
المالك لتعيين المستحق فان اختار تضمين الاول رجع بالضمان على الثاني لانه ملك المغصوب من وقت
غصبه فتبين ان الثاني غصب ملكه وان اختار تضمين الثاني لا يرجع على احد لانه ضمن بفعل نفسه وهو تفويت يد
المالك من وجه على ما بينا وكذلك ان استهلكه الغاصب الثاني ومتى اختار تضمين احدهما هل يبرأ الآخر من الضمان
بنفس الاختيار ذكر في الجامع انه يبرأ حتى لو اراد تضمينه بعد ذلك لم يكن له ذلك وروى ابن سماعة عن محمد
انه لا يبرأ ما لم يرض من اختار تضمينه او يقضي به عليه القاضي كذا في البدائع وذكر في تجنيس المنتخب رجل
مر في ارض مغصوبة فليس لصديقه ان يعوده فيها ولا يحل الدخول فيها وفي المحيط قال مشايخنا
الغاصب اذا ندم على ما صنع ولم يظفر بالمغصوب منه يمسك المغصوب الى ان يطمع مجيء صاحبه فاذا
انقطع طمعه من مجيء صاحبه تصدق به ان شاء بشرط ان يضمن ان لم يجز صاحبه صدقته قال والاحسن
ان يرفع ذلك الى الامام لان الامام له تدبير ورأي في اموال الغيب فالاحسن ان لا يقطع عليه رأيه كذا في
التاتارخانية فصل فيما يزول به ملك المالك وما لا يزول به وان غير ما غصبه الغاصب بفعل منه
بخلاف ما اذا تغير بغير فعله مثل ان صار العنب زبيباً بنفسه او خلاً او الرطب تمراً فان المالك فيه مخير
ان شاء اخذه وان شاء تركه وضمنه فزال اسمه احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها فانه لم يزل بالذبح
بمجرد ملك مالكها لانه لم يزل اسمها يقال شاة مذبوحة وشاة حية وزال اعظم منافعه كاللبن والحنطة
اذا غصبها وطحنها فان المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة وكشكاً ونشاءً وبذراً وغيرها يزول
بالطحن ضمنه وملكه الغاصب عندنا خلافاً للشافعي ولا يحل انتفاعه به اي الغاصب بالمغصوب بان يأكله
بنفسه او يطعم غيره او نحو ذلك قبل اداء الضمان عند ابي ح ومحمد خلافاً لابي يوسف وزفر والحسن واذا
ادى البدل يباح لان حق المالك صار موفى ثم بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضي وكذا اذا ابرأه سقط حقه
وكذا اذا ادى بالقضاء او ضمنه الحاكم او ضمنه المالك لوجود الرضا منه لانه لا يقضي الا بطلبه وعلى هذا الخلاف
اذا غصب حنطة فزرعها او نواة فغرسها غير ان عند ابي يوسف يباح له الانتفاع فيما قبل اداء الضمان
لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف ما تقدم من نحو غصب الشاة والذبح والطبخ والشي لقيام العين
منه من وجه وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عند ابي يوسف خلافاً لهما كذا في الهداية وذكر في فتاوى
ابي الليث عن الفقيه ابي بكر الاسكاف فيمن غصب آخر لحماً وطبخه او غصب حنطة وطحنها وصار
المال له ووجب عليه القيمة فاكله حلال عند ابي ح وفي قول ابي يوسف حرام قبل ان يرضى صاحبه وفي
فتاوى اهل سمرقند من غصب آخر طعاماً فمضغه حتى صار بالمضغ مستهلكاً فلما ابتلعه ابتلعه حلالاً في
قول ابي ح خلافاً لهما بناءً على ان شرط الطيب الملك بالبدل عند ابي ح واداء البدل عندهما حكي عن الشيخ الامام
الزاهد نجم الدين عمر النسفي بقوله كان لا يصح ما ذكر عن ابي ح ... فيه ما بين المسلمين وكان ينكر

ان يكون

ان يكون ذلك قول ابي ح ثم وكان يقول الصحيح عند المحققين من مشايخنا على قضية مذهب اصحابنا
رحمهم الله ان الغاصب لا يملك المغصوب الا عند اداء الضمان او قضى القاضي او يرضى الخصمين على الضمان
واذا وجد شيء من هذه الاشياء الثلاثة يثبت الملك وما لا فلا وبعد وجود شيء من هذه الاشياء الثلاثة
اذا ثبت الملك لا يحل للغاصب تناوله لانه استفاده بفعل لا يحل كالمملوك بالبيع الفاسد عند القبض الا
ان يجعله صاحبه في حل فحينئذ يباح تناوله لانقطاع ذلك السبب كذا في المحيط كشاة او بقر او ابل ذبحها
الغاصب وطبخها او شواها او قطعها ونحو بر طحنه او زرعه ودقيق خبزه وعنب وزيتون عصره وقطن
غزله وغزل نسجه وحديد جعله سيفاً او سكيناً وصفر جعله آنية وساجة بالجيم خشبة عظيمة صلبة
تجلب من بلاد الهند وتستعمل في ابواب الدور وبنائها واساسها ذكره في غاية البيان ومسألة غصب
الساجة وزوال ملك المالك فيها هو اول مسألة خالف فيها الشافعي اصحابنا كذا ذكره السعدي
نقلاً عن يواقيت العلوم للامام الرازي وذكر في الذخيرة ان ذلك فيما اذا كانت قيمة البناء اكثر من قيمة
الساجة واما اذا كانت قيمة الساجة اكثر من قيمة البناء فلم يزل ملك مالكها واعلم ان فيما ذهب اليه
الشافعي اضراراً بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة
فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته او ادخل اللوح المغصوب في سفينته والسفينة
مع من عليها في لجة البحر ليس للمالك ان ينزع خيطه ولوحه منها بخلاف ما اذا كانت واقفة حيث كان
له ان ينزع عنده فلا يصلح الاستشهاد ثم قال الكرخي والفقيه ابو جعفر انما لا ينقض اذا بنى في حوالي الساجة
لانه غير متعد في البناء اما اذا بنى على الساجة ينقض لانه متعد فيه قال صاحب الهداية وجواب الكتاب
يعني قوله فبنى عليها يرد ذلك وهو الاصح قيل لانه تغير عما كان عليه لان الساجة قبل البناء عليها
تصلح لاطواق القدور ولابواب الدور وغير ذلك وبعده لا تصلح لشيء من ذلك الا بالنقض والتغير
يوجب انقطاع حق المالك او لبنة بنى عليها اعلم ان كلاً من زوال ملك المالك وتملك الغاصب
وضمانه عندنا وقال الشافعي لا يزول ملك المالك وهو رواية عن ابي يوسف غير انه اذا اختار الدقيق لا يضمن
نقصان القيمة عنده لانه يؤدي الى الربوا اذ الدقيق عين الحنطة من وجه لان عمل الطحن في تفريق الاجزاء
لا في احداث ما لم يكن موجوداً وتفريق الاجزاء لا يبدل العين كالقطع في الثوب الا ترى ان الربوا يجري
بينهما ولا يجري الربوا الا باعتبار المجانسة وعند الشافعي يضمنه لان على اصله تضمين النقصان مع اخذ العين
في الاموال الربوية جائز وهو رواية عن ابي يوسف وعنه انه يزول ملكه عنه ولا يسقط عنه حقه فيباع في دينه
وهو احق به من الغرماء بعد موته للشافعي ان بقاء العين المغصوبة يوجب بقاء على ملك المالك لان الموجب
الاصلي في الغصب رد العين عند قيامه ولولا بقاؤه على ملك المالك لما كان كذلك والعين باق فيبقى على
ملكه ويتبعه الصفة الحادثة لانها تابعة للاصل كما اذا هبت الريح في الحنطة والقتها في طاحونة فطحنت فان
الدقيق يكون لمالك الحنطة كذلك هذا ولا معتبر بفعله لانه محظور فلا يصلح سبباً للملك وصار كما اذا ذبح الشاة
المغصوبة وارّبها اي جعلها عضواً عضواً فان فعل الغاصب فيه موجود وليس بسبب للملك لكونه محظوراً
ولنا انه احدث صنعة متقومة لان قيمة الشاة تزداد بطبخها وشيها وكذلك قيمة الحنطة تزداد بجعلها دقيقاً
واحداثها صير حق المالك هالكاً من وجه الا يرى انه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحق الغاصب في الصنعة

فانه من كل وجه فرجح على المالك من وجه لما عرف في الاصول انه اذا تعارض ضربا ترجيح كان الرجحان في الذات
احق منه في الحال لان الحال قائمة بالذات تابعة له فينقطع حق المالك بالطبخ والشي لان الصنعة قائمة بذاتها
من كل وجه والعين بالكة ثم لهذا الفعل جهتين جهة تفويت يد المالك عن المحل وهو محظور وجهة احداث
صنعة متقومة وهو سبب من هذه الجهة لا الجهة الاولى وقد مر ان اسم الشاة بعد الذبح والسلخ باق ومعظم
المقاصد فيها اللحم والتاريب لا يفوت ذلك بل تحققه فلا يكون دليل تبدل العين بخلاف الطبخ بعده ونفاذ
البيع والهبة مع حرمته لقيام الملك وهو لا يستلزم الاباحة كما في الملك الفاسد وقوله ولا يحل انتفاعه
قبل اداء الضمان يعني استحسانا والقياس ان يكون له ذلك وهو قول زفر والحسن وهكذا عن ابي حنيفة رواه
الفقيه ابو الليث ووجهه ان ثبوت الملك مطلقا للتصرف من غير توقف على رضى غيره الا ترى انه لو باعه
او وهبه او تصدق به قبل اداء الضمان ينفذ كما ينفذ هذه التصرفات في المشتري شراء فاسدا وجه الاستحسان
ما رواه ابو حنيفة عن عاصم بن كليب الجرمي عن ابي بردة عن ابي موسى رضهم ان النبي صلى الله عليه السلام كان
في ضيافة فقدم عليه شاة مصلية اي مشوية فاخذ منها لقمة فجعل يمضغها ولا يسيغها فقال عليه السلام
ان هذه الشاة تخبرني انها ذبحت بغير حق فقال الانصاري كانت شاة اخي وسارضيه بما هو خير منها
فقال عليه السلام اطعموها الاسارى قال محمد يعني الحبس فامره بالتصدق مع كون المالك معلوما بيان ان
الغاصب قد ملكها لان مال الغير يحفظ عليه عينه اذا امكن وثمنه بعد البيع اذا تعذر عليه حفظ عينه ولما امر بالتصدق
بها دل على انه ملكها وعلى حرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء كذا في العناية ولا اطلق لاصحابه عليه السلام
الانتفاع بها ولو كان حلالا طيبا لاطلق لاصحابه مع خصاصتهم وشدة حاجتهم الى الاكل ولان اباحة
الانتفاع قبل الارضاء يؤدي الى تسليط السفهاء بالباطل وفتح باب الظلم على الظلمة وهذا لا يجوز كذا في البدائع
وان جعل الغاصب الفضة او الذهب دراهم او دنانير او آنية لا يملكه الغاصب وهو للمالك بلا شيء عند ابي حنيفة
وعندهما يملكه الغاصب وعليه مثله لانه احدث صنعة معتبرة متقومة صير لاجلها حق المالك هالكا من وجه
الا يرى انه كسره وفات بعض المقاصد وكان قبل ذلك تبرا وهو لا يصلح راس المال في المضاربات والشركات
وبعد ما ضربه صلح لذلك وله ان العين باقية من كل وجه الا يرى ان الاسم باق والاحكام الاربعة المتعلقة
بالذهب والفضة وهي الثمنية وكونه موزونا وجريان الربوا ووجوب الزكوة واذا كان كذلك لم ينقطع
حق المالك والصنعة فيها غير متقومة في جميع الاحوال لانه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها وانما تتقوم عند
المقابلة بخلاف الجنس كمن استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغا عندنا وذلك لانا لو اوجبنا
عليه مثل قيمتها من جنسها ادى الى الربوا ولو اوجبنا مثل وزنها كان فيه ابطال حق المغصوب منه عن الجودة
والصنعة واذا كان ثم كذلك كانت الصنعة متقومة من وجه دون وجه فلا يصلح لابطال حق ثابت من كل
وجه فاذا ذبح الشاة يعني شاة غيره بغير امره فالمالك ان شاء طرحها عليه اي على الغاصب وضمن قيمتها وان شاء اخذها
وضمن نقصانها وكذا الجزور وهو ما اعد للذبح من الجزر وهو القطع قال شمس الائمة الحلواني رحمه ويستوي
ان يكون الشاة للقصاب او لغيره هو الصحيح وقد روي في رواية اخرى ان في المأكولة اللحم للمالك الخيار كذا في
التاتارخانية وكذا لو قطع يد الشاة وكذا يد الجزور هذا هو ظاهر الرواية بخلاف ما روى الحسن عن
ابي حنيفة انه لا يضمن شيئا لان ذبح الشاة والسلخ زيادة ووجه الظاهر انه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض
من الحمل

من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب كما سيأتي ولو قطع طرف
دابة غير مأكولة يعني لو كانت الدابة غير مأكولة فقطع الغاصب طرفها فللمالك ان يضمن جميع
قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف العبد المملوك والفرق بين الآدمي وغيره ان الآدمي
بقطع طرف منه لا يصير مستهلكا من كل وجه بخلاف الدابة فانها بعد ذلك لا ينتفع بها بما هو المقصود بها
من الحمل والركوب وغير ذلك كذا في العناية وان قلع عين الدابة فعليه ربع القيمة استحسانا
وقيمة النقصان قياسا وفي جنايات الحسن عن ابي ح لو فقأ عين برذون او بغل او حمار عليه ربع قيمته
وكذا كل ما يعمل عليه من البقر والابل وما لا يعمل عليه ما نقص وقال في الجامع الصغير وفي عين بقرة الجزار
وجزوره ربع القيمة وفي عين شاة القصاب والحمل ما نقصها والحمل والطير والدجاجة والكلب
ما نقصه وقال ابو يوسف عليه ما نقصه في جميع البهائم اعتبارا بالشاة ولنا ما روي انه عليه
السلام قضى في عين الدابة بربع القيمة وكذا قضى عمر رضه ولانها تصلح للحمل والركوب والعمل ولا يقوم منه
المصلحة الا باربعة اعين عينيها وعيني المستعمل فصارت كذات اربعة اعين فيجب في احدها ربع القيمة كما
قلنا في احد الاهداب ربع الدية لما كانت اربعة كذا في الاختيار او خرق الثوب خرقا فاحشا فوت بعض
العين وبعض نفعه وفي خرق يسير نقصه ولم يفوت شيئا من النفع اختلفوا في الحد الفاصل بين
الخرق اليسير والفاحش فقال بعضهم ما اوجب نقصان ربع القيمة فهو فاحش وما اوجب
دونه فهو يسير وقال بعضهم ما اوجب نقصان نصف القيمة فهو فاحش وما اوجب دونه فهو يسير
واشار في القدوري الى ان الفاحش ما يبطل به عامة المنافع وقيل معناه ان لا يبقى للباقي منفعة الثياب
بان لا يصلح لثوب ما وقال صاحب الهداية والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين قيل يعني من حيث
الظاهر والغالب اذ الظاهر ان الثوب اذا قطع يفوت شيء من اجزائه وجنس المنفعة يعني ان لا يبقى
جميع منافعه بل يفوت بعضه ويبقى بعضه واليسير ما لا يفوت شيء من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان يعني من
حيث المالية بسبب فوات الجودة وانما كان ذلك صحيحا دون غيره لان محمدا رحمه جعل في الاصل قطع الثوب
نقصانا فاحشا فقال واذا غصب ثوبا وقطعه قميصا ولم يخط فله ان يأخذ ثوبه وضمن ما نقصه القطع
وان شاء ترك الثوب عليه وضمن قيمة الثوب ولا شك ان الثابت بعض المنافع لانه بعد ما قطع قميصا يصلح للقميص
وان كان لا يصلح للقباء وامثاله والساقط من القيمة اقل من الربع ومع هذا اعتبره محمد رحمه فاحشا واذا عرف
هذا ففي خرق ثوب غيره خرقا فاحشا فلمالكه ان يضمنه جميع قيمته ويترك الثوب عليه لانه استهلاك من هذا الوجه
ومن خرقه يسيرا يضمن نقصانه والثوب لمالكه لان العين قائم من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه ومن بنى
في ارض غيره او غرس فيها امر الغاصب بالقلع اي بقلع البناء والشجر لقوله عم ليس لعرق ظالم حق
صححه في المغرب منونا بين عرق اي لذي عرق ظالم وهو الذي يغرس في الارض غرسا على وجه الاغتصاب
وصف بالظلم الذي هو صفة صاحبه مجازا وقد روي بالاضافة اي ليس لعرق غاصب ثبوت حق بل يؤمر
بقلعه كذا في العناية والرد اي رد الارض فارغة الى المالك لو كانت قيمة ذلك اكثر من قيمة الارض
وقال الكرخي انه لا يؤمر به حينئذ ويضمن القيمة وهذا اوفق لمسائل الباب كما في النهاية وبه افتى
بعض المتأخرين كصدر الاسلام وانه لحسن ولكن نحن نفتي بجواب الكتاب اتباعا لاشياخنا

كما في العمادي كذا في القهستاني وكان القاضي الامام ابو علي النسفي رحمه الله يحكي عن الكرخي انه ذكر في بعض كتبه
تفصيلا فقال ان كانت قيمة الساحة اقل من قيمة البناء ليس له ان يأخذها وان كانت قيمة الساحة اكثر
فله ان يأخذها وقال المراد مما ذكر في الكتاب ما قلنا وزعم ان هذا هو المذهب قال مشايخنا نعم وهذا قريب
من مسئلة حفظت عن محمد رحمه الله انه من كان في يده لؤلؤة فسقطت اللؤلؤة فابتلعها دجاجة انسان
ينظر الى قيمة الدجاجة واللؤلؤة ان كانت قيمة الدجاجة اقل يخير صاحب اللؤلؤة ان شاء اخذ الدجاجة
وضمن قيمتها للمالك وان شاء ترك اللؤلؤة وضمن صاحب الدجاجة اللؤلؤة وكذلك لو اودع رجلا فصيلا
فكبر الفصيل حتى لم يمكن اخراجه من البيت الا بنقض الجدار ينظر الى الاكثر منهما قيمة ويخير صاحب الاكثر ولها
امثال كثيرة ولم يذكر في الاصل ما اذا اراد الغاصب ان ينقض البناء ويرد الساحة هل يحل له ذلك وهذا
على وجهين اما ان كان القاضي قضى عليه بالقيمة لا يحل له نقض البناء واذا نقض لم يستطع رد الساحة
وان كان القاضي لم يقض عليه بالقيمة اختلف فيه المشايخ بعضهم قالوا يحل وبعضهم قالوا لا يحل
لما فيه من تضييع المال من غير فائدة كذا في المحيط واذا كانت الارض تنقص بالقلع فلمالك الارض
ان يضمن له اي للغاصب قيمتهما اي البناء والغرس مأمورا بقلعهما في حال كون البناء والغرس
قائمين في الارض محكومين بقلعهما لا قيمتهما مقلوعين وذلك لان حق الغاصب في المأمور بالقلع اذ لا قرار له
فتقوم الارض بلا شجر او بناء وتقوم مع احدهما حال كونه مستحق القلع فيضمن الفضل فاذا كانت
قيمة الارض بدون البناء عشرة دنانير مثلا ومع البناء المستحق قلعه خمسة عشر يضمن صاحب الارض خمسة
دنانير للغاصب فتسلم الارض والبناء لصاحب الارض وكذا الغرس وان صبغ الغاصب الثوب المغصوب
احمر او اصفر او لت السويق بسمن فالمالك بالخيار ان شاء ضمن قيمة ثوبه ابيض ومثل سويقه او اخذهما
وضمن ما زاد الصبغ والسمن وقال الشافعي في الثوب لصاحبه ان يملكه ويأمر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر
الممكن اعتبارا بفصل الساحة فكما يؤمر بالقلع اذا لم يتضرر الارض به في فصل الساحة فكذلك ههنا لان في
كل واحد منهما شغل ملك الغير بملكه وذلك لان التمييز ممكن بالعصر بخلاف السمن في السويق لان التمييز متعذر ولنا
ما بينا في مسئلة الساجة بالجيم ان فيما ذهب اليه اضرارا بالغاصب وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور
بالقيمة ففيه رعاية للجانبين والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب الاصل بخلاف الساجة يبنى فيها
لان النقض له بعد النقض اما الصبغ فيتلاشى وان صبغه اسود ضمن قيمته ابيض او اخذه بلا رد شيء
لانه نقص عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما الاسود كغيره وهو اختلاف زمان فانه اجاب على ما شاهد في عصره
من عادة بني امية فانهم كانوا يمتنعون عن لبس السواد وهما اجابا على ما شاهدا في عصرهما من عادة
بني عباس بلبس السواد وفي النهاية وقد كان ابو يوسف يقول اولا بقول ابي حنيفة رحمه الله فلما قلد القضاء وامر
بلبس السواد احتاج الى التزام مؤنة في ذلك فرجع وقال السواد زيادة وحكي ان هارون الرشيد شاور
ابا يوسف في لون ثوب اللبس فقال احسن الالوان ما كتب فيه كتاب الله تعالى فاستحسنه
هارون وتبعه من بعده ذكره في الكرماني فروع ولو غصب جارية ناهدة الثديين فانكسر ثديها عنده ضمن
النقصان ولو غصب عبدا محترفا فنسي ذلك عند الغاصب كان ضامنا للنقصان وفي الذخيرة كذلك
لو كان قارئا فنسي القرآن وفي النهاية رجل غصب عبدا حسن الصوت فتغير صوته عند الغاصب كان له
النقصان

النقصان ولو كان العبد مغنيا فنسي ذلك عند الغاصب لا يضمن الغاصب كذا في التاتارخانية فصل
لما فرغ من بيان ما يوجب الملك للغاصب شرع في ذكر مسائل تتصل بمسائل الغصب وان غيب ما غصبه
وضمن قيمته ملكه يعني من غصب عينا فغيبها فالمالك بالخيار ان شاء صبر الى ان يوجد وان شاء ضمنه
قيمتها فان اختار تضمين القيمة فضمنها ملكها عندنا خلافا للشافعي فانه قال الغصب عدوان محض
فلا يصلح سببا للملك كما لو غصب مدبرا وغيبه وضمن قيمته فانه لا يملكه بالاتفاق وقلنا المالك ملك اليد
وهو القيمة بكماله اي يدا ورقبة فيخرج المبدل عن ملكه في مقابلته ودخل في ملك صاحب البدل دفعا للضرر عن
مالك اليد لكن بشرط ان يكون المبدل قابلا للنقل من ملك الى ملك والمدبر ليس كذلك لحق المدبر نعم قد يفسخ
التدبير بالقضاء لكن البيع بعده يصادف القن كذا في الهداية قال صاحب العناية وكلامه يشير الى ان
سبب الملك هو الغصب والا لم يكن تعليل الشافعي بذلك مناسبا وهو مذهب القاضي ابي زيد فانه قال في الاسرار
قال علماؤنا الغصب لا يفيد الملك في المغصوب عند القضاء بالضمان او التراضي قال شمس الائمة في المبسوط وهذا
وهم فان الملك لا يثبت عند اداء الضمان من وقت الغصب للغاصب حقيقة ولهذا لا يسلم له الولد ولو كان
الغصب هو السبب للملك لكان اذا تم له الملك لذلك السبب يملك الزوائد المتصلة والمنفصلة
كالبيع الموقوف اذا تم بالاجازة يملك المشتري المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة والغصب عدوان
محض والملك حكم مشروع مرغوب فيه فيكون سببه مشروعا مرغوبا فيه ولا يصلح ان يجعل العدوان
المحض سببا له فانه ترغيب للناس فيه لتحصيل ما هو مرغوب لهم ولا يجوز اضافة مثله الى الشرع قال الاتقاني فيه
نظر لانه لا يراد بكون الغصب سببا للملك عند اداء الضمان انه يوجبه مطلقا بل بطريق الاستناد والثابت
به ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر اثره في ثبوت الزيادة المنفصلة هكذا في العناية وبهذا عرفت معنى قوله
مستندا الى وقت الغصب وسلم له الاكساب دون الاولاد قال في البدائع واذا زال ملك المالك عن المغصوب
فالغاصب اثبت يده على مال قابل للملك لا ملك لاحد فيه فيملكه كالحطب والحشيش باثبات يده عليهما وبه
تبين ان ما هو سبب الملك فهو مباح لا خطر فيه فجاز ان يثبت به الملك بخلاف المدبر فانه لا يحتمل انتقال الملك
ونقضها بخلافه انتهى والقول في القيمة للغاصب مع يمينه لانه المالك ان لم يبرهن مالكه على الزيادة مما قال الغاصب
من قيمة المغصوب فان اقام المالك البينة باكثر من ذلك فحينئذ يكون القول للمالك لانه اثبته بالحجة الملزمة فان عجز عن اقامة
البينة وطلب يمين الغاصب فللغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لم يقبل بينته بل يحلف على دعواه
لان بينته تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل وكان بعض مشايخنا يقول ينبغي ان تقبل لاسقاط اليمين
كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فالقول قوله ولو اقام البينة على ذلك قبلت وكان القاضي ابو علي النسفي
يقول هذه المسئلة عدت مشكلة ومن المشايخ من فرق بين هذه المسئلة ومسئلة الوديعة وهو الصحيح
لان المودع ليس عليه الا اليمين وباقامة البينة اسقطها وارتفع الخصومة واما الغاصب فعليه ههنا
اليمين والقيمة وباقامة البينة لم تسقط الا اليمين فلا يكون في معنى المودع وكان المصنف رحمه الله اختار قول من
قال ذكر اوصاف المغصوب في دعوى الغصب ليس بشرط حيث لم يذكره وهو الاصح قال محمد في الاصل اذا
ادعى رجل على رجل انه غصب منه جارية له واقام على ذلك بينة يحبس المدعى عليه حتى يجيء بها ويردها
على صاحبها قال شمس الائمة الحلواني ينبغي ان تحفظ هذه المسئلة لانه قال اقام بينة انه غصب جارية لم

ولم يتبين جنسها وصفتها وقيمتها وانما ذلك اصح لاجل الضرورة فان الغاصب يمتنع عن احضار المغصوب
عادة وحين يغصب انما يأتي من الشهود معاينة فعل الغاصب دون العلم باوصاف المغصوب فسقط
اعتبار علمهم بالاوصاف لاجل التعذر ويثبت بشهادتهم فعل الغصب في محل هو مال متقوم فصار
ثبوت ذلك بالبينة كثبوته باقراره فيحبس حتى يجيء به كذا في العناية قال في التاتارخانية والصحيح ان هذه البينة
تقبل في حق الحبس من غير بيان الجنس والصفة والقيمة فاذا حبسه القاضي واحضر المحبوس جارية فان
اتفق الغاصب والمغصوب منه انه هذه الجارية المدعى بها يقضي بها للمغصوب منه وان انكر الغاصب ان
يكون هذه الجارية المدعى بها وادعاها المالك لا يقضي بها للمغصوب منه ما لم يقم البينة انها هي الجارية التي غصبها
منه وان قال الغاصب قد ماتت او بعتها ولا اقدر عليها ان صدقه المغصوب منه في ذلك يخلي سبيله ويقضي
عليه بالقيمة ان اراد المغصوب منه وان كذبه يحبس ويتلوم فاذا مضى مدة يقع في غالب رأي القاضي انه لو كان
قادرا لما تحمل مرارة الحبس الى مثل هذه المدة فالقاضي يخلي سبيله انتهى فان ظهر المغصوب وقيمته اكثر مما
ضمن وقد ضمنه بعد تمام الرضا بقول المالك او ببرهانه او بالنكول اي بنكول الغاصب عن اليمين فهو اي المغصوب
للغاصب ولا خيار للمالك فانه تم له الملك بسبب اتصل به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار وان ضمنه بقوله
اي بقول الغاصب مع يمينه فالمالك بالخيار ان شاء امضى الضمان او اخذه ورد عوضه لانه لم يتم رضاه بهذا
المقدار حيث يدعي الزيادة واخذ المالك ما دون الزيادة لا يدل على تمام الرضا لانه انما اخذ ذلك للضرورة
وهي عدم الحجة فلا يدل على رضاه بخلاف المسئلة المتقدمة لان دعواه تلك القيمة كانت باختياره ولو ظهر
المغصوب وقيمته مثل ما ضمن او دونه فيما اذا ضمن بقول المالك مع يمينه فكذلك الجواب اي ان شاء امضى الضمان
وان شاء اخذه ورد العوض في ظاهر الرواية وقال الكرخي لا خيار له في استرداده لانه توفر عليه بدل ملكه بكماله
والاصح هو ظاهر الرواية لانه لم يتم رضاه بزوال المغصوب عن ملكه حيث لم يعط ما يدعيه من القيمة وما لم يتم الرضا
لم يسقط الخيار كذا في العناية فان اراد استرداد العبد فللغاصب ان يحبس العبد حتى يأخذ القيمة ولو
مات العبد في يد الغاصب قبل رد القيمة لا يرد القيمة ولكن يأخذ من الغاصب فضل القيمة ان كان في قيمة
العبد فضل على ما اخذه وان لم يكن فيها فضل فلا شيء له سوى القيمة كذا في البدائع ولو برهن كل واحد
من المالك والغاصب على الهلاك عند الآخر فبينة الغاصب اولى في ظاهر المذهب خلافا لابي يوسف فان
عنده يرجح بينة المالك لانها مثبتة للضمان وجه الظاهر ان الضمان ثابت بنفس الغصب فلا حاجة الى
اثباته لكن الغاصب يدعي زواله والمالك ينكره فبينة الغاصب اولى ومن غصب عبدا فباعه فضمنه نفذ
بيعه وان اعتقه فضمنه فلا ينفذ عتقه لان ملك الغاصب فيه ناقص لثبوته مستندا او ضرورة
من الاجتماع البدل والمبدل منه في ملك شخص واحد ولهذا يظهر في حق الاكساب دون الاولاد والناقص
يكفي لنفوذ البيع دون الاعتاق بالنص كملك المكاتب فان له ان يبيع عبده وليس له ان يعتقه قيد
باعتاق الغاصب فان فيه روايتين في رواية يصح اعتاقه وهو الاصح قياسا على الوقف وفي رواية لا يصح
وزوائد المغصوب اي ما زاد عند الغاصب [illegible] على المغصوب الى المالك غير مضمونة عندنا ما لم يتعد
الغاصب فيها اي في تلك الزوائد بان اتلفها او ما لم يمنعها بعد طلب المالك اياها سواء كانت الزوائد متصلة
كالحسن والسمن او منفصلة كالولد واللبن والثمر واما الاكساب الحاصلة باستغلال الغاصب فليست من نمائه

في شرح

في شيء حتى تضمن بالتعدي لانه عوض من منافع المغصوب ومنافعه غير مضمونة عندنا فكذا بدلها وقال الشافعي
زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت او منفصلة بناء على ان حد الغصب عنده اثبات اليد على مال
الغير بغير رضاه وهو موجود في هذه الصورة فكان كالظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده فان الولد
يكون مضمونا عليه لوجود سبب الضمان في حق الام وان لم يكن هناك منع من المخرج ولنا ان الغصب
اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا واثبات اليد على هذا الوجه ليس بموجود
لكن فيه لانها ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب والقياس على الظبية المخرجة
من الحرم غير صحيح لانه ان قاس عليها قبل التمكن من الارسال فهو ظاهر الفساد لانه لا ضمان فيه عندنا
لعدم المنع وان قاس عليها بعد التمكن منه فكذلك لان الضمان فيه باعتبار المنع بعد طلب صاحب الحق وهو
الشرع لا باعتبار ان الام مضمونة وعلى هذا الوجه من الجواب اكثر مشايخنا وان نقصت الجارية
بالولادة في يد الغاصب ضمن نقصانها يعني لو غصبها فولدت عنده فمات الولد فعليه رد الجارية
ورد نقصان الولادة التي ثبتت فيها بسبب الولادة لان الجارية بالغصب دخلت في ضمانه بجميع اجزائها
وقد فات جزء مضمون منها فيكون مضمونا عليه كما لو فاتت كلها ويجبر نقصانها بقيمة الولد يعني
فان ردت الجارية والولد وقد نقصت قيمة الجارية وقيمة الولد تصلح ان تكون جابرة لذلك النقصان
لم يضمن الغاصب شيئا وقال زفر والشافعي لا ينجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه
كما في ولد الظبية المخرجة من الحرم اذا نقصت قيمتها بسبب الولادة وقيمة ولدها تساوي ذلك النقصان
فانه لا ينجبر بها بل يجب ضمان النقصان مع وجوب ردها الى الحرم وكما اذا هلك الولد قبل الرد او ماتت
الام وفي قيمة الولد الوفاء وكما اذا جز صوف شاة غيره فنبت مكانه اخر او قطع قوائم شجر الغير فنبتت
قوائم اخرى مكانها او خصى عبد غيره فزادت قيمته بسبب الخصاء او علمه الحرفة فاضناه التعليم لانه لا
يجبر الصوف بالصوف ولا القوائم بالقوائم ولا ما نقص من الجزء بالخصاء والتعليم بما زاد من القيمة فيه ولنا
ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة عندهما والعلوق عند ابي حنيفة وعند ذلك لا يعد النقصان
نقصانا لان السبب الواحد لما اثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفا عن النقصان كالبيع لما ازال المبيع
عن ملك البائع ادخل الثمن في ملكه فكان الثمن خلفا عن مالية المبيع لاتحاد السبب حتى ان الشاهدين اذا شهدا
على رجل ببيع شيء بمثل قيمته فقضى القاضي به ثم رجعا لم يضمنا شيئا وهذا لان الفوات الى خلف كلا فوات
وصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت ثنيتها ثم نبتت او قطع يد المغصوب
في يده واخذ ارشها واداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع ولم يعتبر النقصان لكونه الى خلف ولا نسلم ان نقصان
الظبية بالولادة لا ينجبر بقيمة الولد واما اذا مات الولد قبل الرد ففيه ان كلامنا فيما اذا رد الام بنقصان الولادة
هل ينجبر النقصان برد الولد واذا كان الولد هالكا كيف ينجبر النقصان به ثم كلامنا ايضا فيما اذا كان السبب
واحدا وههنا ليس كذلك فان الولادة سبب للزيادة وليست بسبب لموت الام اذ لا يفضي اليه غالبا
والخصاء لا يعد زيادة لانه غرض بعض الفسقة فلم يكن له اعتبار في الشرع وما وراء ذلك من المسائل فليست
منه لاتحاد السبب فلا يكون متصلا بمحل النزاع وينجبر نقصانها بالغرة ان وفت لان الغرة كالولد لانها قائمة
مقامه لوجوبها بدلا عنه ولو زنى الغاصب بامة غصبها فردها حاملا فولدت فماتت بها اي بسبب الولادة ضمن

الغاصب قيمتها يوم علوقها بخلاف الحرة وعندهما لا يضمن في الامة ايضا كما لا يضمن في الحرة قالا الرد قد صح
لانه اوصل الحق الى المستحق وصحته توجب البراءة عن الضمان والهلاك لا يوجب الضمان على الغاصب كما
في المسئلتين اللتين اشير اليها بقوله ولو ردها محمومة فماتت اي لو حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت
لا يضمن وكذا لو زنت عنده فردها فجلدت فماتت وكما اذا اشترى جارية قد حبلت عند البايع ولم يعلم
المشتري بالحبل فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البايع بالثمن فلا يضمن الغاصب
قيمتها لكن يضمن لنقصان الحبل وله ان الرد لم يكن صحيحا لان الصحيح منه ان يكون على الوجه الذي اخذ
ولم يوجد هنا فانه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردها وفيها ذلك فصار كما اذا جنت
في يد الغاصب فقتلت في يد المالك او دفعت بها بان كانت الجناية خطأ فانه يرجع على الغاصب
بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة اذا زنى بها رجل مكرهة فحبلت وماتت في نفاسها لانها لا تضمن
بالغصب ليضمن الهلاك ولو هلكت عنده لا يضمن فلا يبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد بكونها حبلى وفي فصل
الشراء الواجب على البايع ابتداء تسليم المبيع على الوجه الذي وقع عليه العقد وقد تحقق ذلك منه وموتها
بالنفاس لا يعدم التسليم وما ذكرنا من وجوب الرد على الوجه الذي اخذه عليه شرط لصحة الرد ولم يوجد
فكان تمثيل بما لم يوجد شرطه على ما وجد شرطه وهو تمثيل فاسد واما اذا حمت في يد الغاصب فلان سبب
الموت ما بها من الحمى والضعف وقت الموت ويحتمل ان يكون سببه مادة كانت في يد الغاصب او حدثت
في يد المالك او مركبة منهما فلا نضمن السبب القائم في يد الغاصب بالشك ثم الزنا الذي وجد في يد الغاصب انما
يوجب الجلد المولم لا الجارح ولا المتلف وما جلد في يد المالك بجلد متلف كان غير ما وجب في يد الغاصب
فلا يضمن ولا يضمن منافع ما غصبه لكن ان نقص باستعماله غرم الغاصب النقصان وقال الشافعي تضمن
باجر المثل سواء سكنه اي سكن الغاصب ما غصبه من الدار او عطله على مالكه بان لم يسكنه وفصل
مالك فقال ان سكنه كما قال الشافعي وان عطله كما قال ابو حنيفة وللشافعي ان المنافع اموال متقومة لكونها
غير الادمي خلوقا لمصلحة الادمي ويجري فيه الشح والضنة وتضمن بالعقود صحيحة كانت او فاسدة بالاجماع
فكذا بالغصب ملك الغاصب لانها حدثت في تصرفه وقدرته وكسبه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها
اعراض لا تبقى وما وجدت في تصرف الرجل فهو ملكه دفعا لحاجته فان الملك لم يثبت للعبد الا دفعا لحاجته
الى اقامة التكاليف فالمنافع حاصلة في ملك الرجل والانسان لا يضمن ملك نفسه ولئن سلمنا تحقق
غصبها واتلافها لكن شرط الضمان المماثلة والمنافع لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان
ولا نسلم ان المنافع متقومة في ذاتها لان التقوم يستدعي الوجود والاحراز وذلك فيما لا يبقى غير متصور
بل تتقوم لضرورة دفع الحاجة عند ورود العقد عليها بالتراضي ولا عقد في المتنازع فيه لكن ما ينقص باستعماله
مضمون عليه لاستهلاكه بعض اجزاء العين كذا في العناية الا في الوقف ذكر ظهير الدين اسحاق في فتاواه الفتوى
في غصب العقار والدور الموقوفة بالضمان كما ان الفتوى في غصب منافع الوقف بالضمان كذا في الفصول
العمادية وذكر في السراجية لو سكن دارا معدة للاستغلال وجب اجر المثل وعليه الفتوى كذا في القهستاني
ولا يضمن خمر المسلم او خنزيره بالاتلاف سواء كان المتلف مسلما او ذميا هذا في قولهم جميعا وضمن الغاصب
عندنا القيمة فيهما لو كانا اي الخمر والخنزير لذمي خلافا للشافعي وعلى هذا الخلاف اذا باعها الذمي من الذمي

جاز

جاز البيع عندنا خلافا له قال يسقط تقومها في حق المسلم بالاتفاق فكذا في حق الذمي لانهم اتباع لنا في الاحكام
قال عليه السلام اذا قبلوا عقد الذمة فاعلموهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين واذا اسقط
تقومها لا يجب باتلافها مال متقوم وهو ما يضمن به ولنا ان التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير
عندهم كالشاة عندنا دل على ذلك قول عمر رض حين سأله عمال ما تصنعون بما يمر به اهل الذمة من خمور فقالوا
نعشرها لا تفعلوا ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها فقد جعلها مالا متقوما في حقهم حيث جوز بيعها
وامر باخذ العشر من ثمنها ولم يفعل ذلك الا لتدينهم بذلك ونحن امرنا ان نتركهم وما يدينون يعني لا نجادلهم
على الترك والسيف موضوع فلا نجبرهم على الترك لا بالالزام بالسيف لعقد الذمة وحين تعذر الالزام على ترك التدين
فبقي التقوم في حقهم واذا بقي فقد وجد اتلاف مال مملوك متقوم وذلك يوجب الضمان بالنص فيضمن
ولا نسلم انهم يعتقدون التوريث بانكحة المحارم فلا بد له من بيان وان اتلف ذمي خمر ذمي مثلها لا تلافه
ملك الغير ولا ضمان باتلاف الميتة والدم ولو للوصل لذمي لان احدا من اهل الاديان لا يتدين بتموّلهما
الا انه يجب قيمة الخمر وان كانت مثلية لان المسلم ممنوع عن تمليكه لكونه اعزازا لها بخلاف اهل الذمة فانهم
غير ممنوعين عن تمليكها وتملكها فان جرت بينهما مبايعة جاز لهم التملك وان استهلكها بعضهم
لبعض جاز تسليم مثلها وتسلمه بخلاف الربوا لانه مستثنى عن عقودهم بقوله عليه السلام الا من
اربى فليس بيننا وبينه عهد وذلك لانه فسوق منهم لا تدين لثبوت حرمة الربوا في دينهم قال الله تعالى
واخذهم الربوا وقد نهوا عنه وبخلاف العبد المرتد للذمي فان المسلم اذا اتلفه لا يضمن شيئا وان كان
اعتقاد الذمي ان العبد المرتد مال متقوم ولا باتلاف متروك التسمية عمدا ولو للوصل لمن يبيحه لان
ولاية المحاجة ثابتة والدليل الدال على حرمته قائم فلم يعتبر اعتقادهم في ايجاب الضمان وان غصب خمر
مسلم فخللها بما لا قيمة له بان نقلها من الشمس الى الظل او منه اليها او القى اليه حنظلة او القى فيها شيئا
يسيرا من الملح او الخل بحيث لا قيمة له ذكره في المحيط اخذها المالك بلا شيء ان كانت باقية فلو اتلفها الغاصب
ضمنها لا اي لا يضمن لو تلف بنفسه في يده وذلك لانه لا وجه لضمان قيمته يوم الغصب حيث لم يكن له قيمة
يومئذ ولا الضمان قيمته يوم الهلاك لانه لا يجب الا بفعل موصوف بالتعدي والفرض عدمه ولو خلل بالقاء
ملح كثير له قيمة قال المشايخ صار الخل ملكا للغاصب فالضمير في قوله ملكها للخمر باعتبار ما كان ولا شيء عليه غيره
وعندهما اخذه المالك ان شاء ويرد قدر وزن الملح من الخل بمنزلة دبغ الجلد فلو اتلفها الغاصب
لا يضمن عنده خلافا لهما وان خللها بالقاء الخل ملكها ولا شيء للمالك عند الامام وكذا عند محمد ان تخللت
الخمر من ساعتها لانه استهلاك له وهو غير متقوم والا اي وان لم يصر خلا من ساعته بان كان الملقى فيه خلا قليلا
فالخل بينهما على قدر كيلهما لانه خلط الخل بالخل في التقدير والخلط على اصل محمد ليس باستهلاك هكذا في الهداية
قال في العناية وهو قول ابي يوسف ايضا اذ خلط الشيء بجنسه ليس باستهلاك عندهما وحينئذ كان الخل
مشتركا بينهما فاذا اتلفه فقد اتلف خل نفسه وغيره فيضمن خلا مثل خل المغصوب منه وعند ابي حنيفة
هو للغاصب في الوجهين ولا شيء عليه لان نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان في الاستهلاك لانه اتلف
ملك نفسه وبعض المشايخ اجروا الجواب على اطلاقه ان للمالك ان يأخذ الخل في الوجوه كلها بغير شيء
لان الملقى فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما وان غصب جلد ميتة فدبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس

اخذه المالك بلا شئ لانه بمنزلة غسل الثوب فانه لا يزيل ملك المالك فلو اتلفه الغاصب ضمن قيمته في قولهم جميعا
لانه صار مالا على ملك صاحبه واللاحق للغاصب فيه وكانت المالية والتقوم جميعا حقا للمالك فيضمن بالاستهلاك
ثم اختلفوا في كيفية الضمان فقيل يضمن قيمته مدبوغا وقيل قيمته طاهرا اي قيمة جلد ذكي غير مدبوغ وان دبغه
بما له قيمة كالقرظ والعفص يأخذه المالك ويرد ما زاد الدبغ بان يقوم الجلد حال كونه مدبوغا ويقوم حال كونه
ذكيا غير مدبوغ ويرد فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبسه يعني اذا اختار المالك اخذه ودفع ما زاد الدبغ
حتى يستوفي حقه كحبس المبيع للبائع لاجل الثمن فان هلك في يده سقط عن المالك قيمة الزيادة كذا في
حقائق ذكره في ايضاح ابن كمال قال في المحيط وفي كل موضع ينقطع حق المالك في المغصوب منه احق
بذلك الشئ من بين سائر الغرماء حتى يستوفي حقه فان ضاع ذلك ضاع من مال الغاصب ولا يكون
هذا بمنزلة الرهن هذا ذكر في المنتقى وان اتلفه الغاصب لا يضمن الجلد عنده وعندهما يضمن مدبوغا
الا قدر ما زاد الدبغ ولو تلف لا يضمن اتفاقا لهما ان الجلد باق على ملك المالك حتى كان له ان يأخذه
قال القدوري يعني اذا غصب جلدا من منزله فاما اذا القاه صاحبه في الطريق فاخذه رجل فدبغه فليس
لمالكه ان يأخذه ثم هو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما اذا
غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه فانه يضمنه ويعطيه ما زاد الصبغ فيه وايضا لو كان الجلد قائما
وجب على الغاصب رده فاذا فوت الرد خلفه قيمته كما في المستعار يضمن بالاستهلاك لا الهلاك
وبهذا فارق الهلاك بنفسه لانه لا تفويت منه هناك قال فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع
الصغير قولهما يعطي ما زاد الدباغ الخ محمول على اختلاف الجنس يعني ان القاضي قوم الجلد
بالدراهم والدباغ بالدنانير فيضمن الغاصب القيمة ويأخذ ما زاد الدباغ واما اذا قومها بالدراهم
او الدنانير فيطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم في الرد عليه
وله انا لا نسلم ان الجلد مال متقوم بنفسه وانما حصل له التقوم بصنعة الغاصب وصنعته متقوم لاستعماله
مالا متقوما فيه ولهذا كانت له ان يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فكان التقوم حقا للغاصب وكان
الجلد تابعا للصنعة الغاصب في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع لئلا يلزم
مخالفة التبع اصله كما اذا هلك من غير صنعه فاذا عدم الضمان هناك باعتبار ان الاصل وهو الصنعة غير مضمون
عليه فكذلك الجلد والا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك بخلاف وجوب الرد حال قيامه لانه
يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما [illegible]
[illegible]
[illegible] وبخلاف الثوب لان التقوم فيه كان ثابتا قبل الصبغ فلم يكن
تابعا للصنعة ثم لو كان الجلد قائما فاراد المالك ان يتركه على الغاصب فيما اذا دبغه بما له قيمة ويضمنه قيمته قيل
ليس له ذلك لان الجلد لا قيمة له بخلاف الثوب لان له قيمة وقيل ليس له ذلك عند ابي ح وله ذلك عندهما لانه اذا
تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك كذا في العناية وذكر القدوري لو كان الغاصب
جعل هذا الجلد اديما او دفترا او جرابا لم يكن للمغصوب منه على ذلك سبيل لانه تبدل الاسم والمعتبر بصنع الغاصب
فكان هو اولى به كذا في المحيط ومن كسر لمسلم ذكره في الهداية قال ابن كمال لا فرق بين كونه له وكونه لكافر قال

في سير المحيط

في سير المحيط وكذلك المزامير والطنابير وذكر شيئا من ذلك لم يضمن لانها كبيرة في الاديان كلها ولم
يقروا عليها انتهى بربطا وهو آلة من آلات الطرب او طبلا او مزمارا او دفا او اراق له سكرا
بفتحتين اسم للنئ من ماء الرطب اذا اشتد او منصفا اسم مفعول من التنصيف ما ذهب نصفه
بالطبخ من ماء العنب وفي المطبوخ ادنى طبخة وهو الباذق عن ابي حنيفة روايتان في التضمين
والبيع ضمن قيمته لغير لهو ويصح بيع هذه وقالا لا يضمن ولا يجوز بيعها وقيل الاختلاف في الدف
والطبل الذي يضرب للهو فاما طبل الغزاة والدف الذي يباح ضربه في العرس يضمن بالاتلاف
من غير خلاف لهما ان هذه الاشياء اعدت للمعصية فبطل تقومها كالخمر ولانه فعل ما فعل آمرا بالمعروف
وناهيا عن المنكر وهو بامر الشرع فلا يضمن كما اذا فعل باذن الامام وله انها اموال لصلاحيتها لما يحل
من وجوه الانتفاع وان صلحت لما لا يحل فصار كالامة المغنية وهذا لان الفساد بفعل فاعل مختار
فلا يوجب سقوط التقوم وجواز البيع والتضمين مرتبان على المالية والتقوم والامر بالمعروف باليد
الى الامراء لقدرتهم وباللسان الى غيرهم وتجب قيمتها غير صالحة للهو كما في الجارية المغنية والكبش النطوح
وحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصي تجب القيمة غير صالحة لهذه الامور كذا هذا وفي السكر
والمنصف تجب قيمتهما ولا تجب المثل لان المسلم ممنوع عن تملك عينه وان كان لو فعل جاز وهذا
بخلاف ما اذا اتلف على نصراني صليبا حيث يضمن قيمته صليبا لانه مقر على ذلك كذا في الهداية وعليه
اي وعلى قولهما الفتوى قال قاضي الامام صدر الاسلام في شرح الجامع الصغير والفتوى على قولهما لكثرة
الفساد فيما بين الناس وذكر الشيخ الامام فخر الاسلام علي البزدوي في الجامع الصغير ايضا ان قول ابي ح
قياس وقولهما استحسان قال صدر الاسلام ثم عند ابي حنيفة اذا وجب الضمان على وجه الصلاحية لغير
التلهي على ادنى وجه يمكن الانتفاع بذلك وعلى هذا الاختلاف النرد والشطرنج لانه يمكن ان يجعل هذه الاشياء
سنجات الميزان وان قتل جارية مغنية ضمن قيمتها غير مغنية الا ان يكون الغناء ينقص ما قومها
على ذلك وان كانت الجارية حسن الصوت الا انها لا تغني فهو على حسن الصوت والحمامة اذا كانت تقرقر
والفاختة تقرقر يعتبر قيمتها مقرقرة والحمامة اذا كانت تجئ من بعيد لا يعتبر قيمتها على ذلك والفرس اذا
كان يسبق عليه فهو على السابق قيمته وفي الحمامة اذا كانت طائرة يعتبر قيمتها غير طائرة وكذلك كل
شئ يكون بغير تعليم كذا في المحيط والتاتارخانية ومن غصب مدبرة فماتت في يده ضمن قيمتها اجماعا
ولو غصب ام ولد فماتت في يده من غير آفة فلا ضمان عنده ولو ماتت في يده بآفة يضمن قيمتها حالة في ماله
لوجود الاتلاف منه تسبيبا كما في الصبي الحر فانه اذا غصب صبيا حرا من اهله فعضه سبع او نهشته حية
او وقع في بئر او من سطح فمات فعلى عاقلة الغاصب الدية لوجود الاتلاف من الغاصب تسبيبا وفي الحر
وان لم يكن مضمونا بالغصب يكون مضمونا بالاتلاف مباشرة كانت او تسبيبا ذكره في البدائع خلافا
لهما فانه لا يضمن قيمتها لان مالية المدبرة متقومة بالاتفاق ومالية ام الولد غير متقومة عنده ومتقومة عندهما
وقد مرت الدلائل في كتاب العتاق ولو شق المسلم الزق يعني زقا فيه خمر لمسلم لاراقة الخمر نهيا عن المنكر
لا يضمن عند ابي يوسف قيد بالزق لان الضمان لا يجب في الخمر اتفاقا لابي يوسف انه كان مأذونا في الاراقة
وقد لا يتيسر ذلك الا بالشق فيكون مأذونا فيه ولمحمد ان الاراقة ممكنة بدون الشق فيضمن الزق لانه مال متقوم

والفتوى على قول ابي يوسف كذا في شرح المجمع ولو كان جامدا فشقه فذاب بالشمس ثم سال لم يضمن
لان الجامد يستمسك بنفسه لا بالزق فلم يكن الشق اتلافا وانما صار مايعا بالشمس لا بفعله كذا في الاختيار
والتاتارخانية ولا ضمان على من حل قيد عبد غيره او حل رباط دابته او فتح اصطبلها او قفص طيره قال
في خان دابة رجل في مربط مشدودة والباب مغلوق فجاء انسان وحل الدابة ثم جاء اخر وفتح الباب
فذهبت الدابة قال محمد الضمان على الذي فتح الباب كذلك الغنم ولو ان رجلا اخذ مملوكه الآبق وقيده
وغلق عليه الباب فحل رجل قيده وفتح الباب فذهب المملوك قال لا ضمان على الذي فتح الباب وحل القيد
لانه بني ادم لهم عزيمة في الذهاب والبهيمة ليست لها عزيمة واما ابو حنيفة يقول لا يضمن في البهايم ايضا
انتهى وقد قال في كتاب اللقطة رجل فتح باب القفص فطار الطير وفتح باب اصطبل فذهبت الدابة
وحل قيد عبد فابق قال ابو ح وابو يوسف لا ضمان عليه كيف ما كان ذهبت فورا كما او بعد ذلك
وقال محمد يضمن في الاحوال كلها وقال الشافعي ان ذهبت فوره ضمن وان ذهبت بعد ما مكثت ساعة
لم يضمن فتامل في الكلامين وفي فتاوى ابي الليث دابة لرجل دخل زرع انسان فاخرجها صاحب الزرع
فجاء ذيب فاكلها ان اخرجها ولم يسقها بعد ذلك فلا ضمان عليه عند اكثر المشايخ وهو المختار للفتوى
وان ساقها بعد ما اخرجها اكثر مشايخنا على انه يضمن سواء ساقها الى مكان يامن عليها من زرعه او اكثر من
ذلك وعليه الفتوى وفي الحاوي وان ساقها بعد اخراجها او نفرها باشارة عليها بيده او بخشبة فوقعت
في بير فعطبت يضمن قيمتها في قولهم وكذلك الراعي اذا وجد في بادوكه بقرة لغيره فطردها قدر ما تخرج من
بين بادوكه لا يضمن وان ساقها بعد ذلك ضمن وفي الظهيرية وان ساقها واراد ردها على صاحبها فعطبت
في الطريق او انكسرت رجلها يضمن ايضا قال الفقيه ابو الليث ولسنا ناخذ بهذا وانما ناخذ بما روي عن محمد
بن الحسن انه قال لا يضمن كذا في التاتارخانية فذهب خلافا لمحمد في الدابة والطير قال محمد في كتاب اللقطة
اذا حل دابة مربوطة لرجل ولم يذهب بها فذهبت الدابة فلا ضمان على الذي حلها عند ابي ح وابي يوسف سواء
ذهبت الدابة على الفور او بعد ذلك بزمان وعلى قول محمد يجب الضمان وكذا فتح باب دار انسان وفي الدار دواب
فذهبت الدواب وكذلك اذا فتح باب قفص انسان فطار الطير الذي فيه وروي عن محمد رواية اخرى انه اذا ذهبت
الدابة على الفور او طار الطير على الفور فانه ضامن وان ذهبت وطار الطير لا على الفور فلا ضمان وانما لم يجب
الضمان عندهما لان الطائر في الطيران مختار وتركه منه متصور فلا يحال بالتلف على الفاتح كما لو حل قيد
عبد انسان حتى ذهب العبد ومحمد يقول في فصل العبد ان العبد له اختيار معتبر شرعا حتى لو لم يكن كذلك
بان كان العبد مجنونا ذاهب العقل فهو والدابة سواء وعن محمد ايضا لو كان العبد المجنون مقيدا في بيت
مغلوق فحل انسان قيده وفتح الاخر الباب فالضمان على الفاتح لا على الحال قال الفقيه ابو الليث وقد ذكر محمد
في المبسوط انه لا ضمان في ذلك كله ولم يذكر فيه خلافا كذا في المحيط ولا ضمان على من سعى ومن الى السلطان
ولو غير جائر فيضمن الساعي مطلقا وعليه الفتوى كما في الجواهر والسعاية تختص بالنميمة كما في المفردات
بمن يؤذيه ولا يندفع ايذاؤه الا بالسعي اليه كالمضروب اذا اشتكى الى سلطان فاخذ منه مالا لذلك كذا في
القهستاني او سعى اليه بمن يفسق ولا يمتنع عن الفسق بنهيه ولا على من قال لو صادف السلطان قد يغرم
الناس جزافا وقد لا يغرم ان فلانا وجد او جمع مالا فغرمه السلطان شيئا وانما لم يضمن الساعي في هذه الصور

لانتفاء

لانتفاء التسبب وكذا لا يضمن الساعي لو سعى الى السلطان بغير حق عند محمد وقيل زجرا له عن السعاية تعليل
لانه غير مضطرب فيه وهو المدار كما في العاعدي وعليه الفتوى لكثرة الفساد كما في الخلاصة
الساعي اخذ المظلوم فقدر الخسران من تركته وهو الصحيح ولو كان عبدا لم يطالب به
ولو كتب عامل ساعي اهل بلد بان سلطانا ودفع الى اعوان فاخذوا منهم دراهم باخذ
على الآخذ لان الامر لم يصح وهكذا في كل موضع يكون الامر فيه غير صحيح كما في الجواهر كذا في القهستاني
المغصوب مالكه برئ عن الضمان عنده وان لم يعلم ان الغاصب ملكه لانه طعامه وقال
عنه لان هذا اليسير بل غرور لانه لو علمه لما اكله اذ المرء يرغب في اكل مال الغير ما لا يرغب
ولنا ان عين ماله وصل اليه فلا يضمن ثانيا والغرور انما وقع في جهله بانه طعامه فلا يعتبر
بجهل عار ونقيضه فلا يعذر به لما فيه من ابطال ما وجب على الغاصب من الرد الى مالكه
عبدا فقال المالك اعتق هذا العبد فاعتقه وهو جاهل بانه عبده يعتق العبد ويبرأ
ذكر ان العادة جارية بكثرة الاكل في موضع الاباحة عادة مخالفة للديانة الا ملة الداعية
غير المسلم ما يحب لنفسه فيكون لغوا لا يبطل الاداء وكذا الخلاف فيما اذا البس الثوب
المغصوب لمالكه وقيده بالاطعام لانه لو وهب المغصوب من المالك وسلم او باعه منه وهو لا يعلم او اكله من
غير ان يطعمه الغاصب برئ عن الضمان بالاتفاق كذا في التلويح ولو جاء الغاصب بقيمة المغصوب
الى المالك فلم يقبلها اجبره الحاكم على قبولها فان وضعها في حجره برئ وان وضعه بين يديه لا يبرأ بخلاف
ما اذا وضع المغصوب او الوديعة بين يديه حيث يبرأ لان الواجب في العين ردها وانه يتحقق بالتخلية والواجب
في الدين القبض ليتحقق المعاوضة والمقاصة والقبض لا يحصل بالتخلية كذا في الاختيار وذكر في فتاوى
ابي الليث غصب رجل من رجل مالا فغصب ذلك المال غيره من المغصوب منه قال ابو نصر كان نصير يقول يبرأ الغاصب
الاول وكان محمد بن سلمة يقول المغصوب منه بالخيار قال الصدر الشهيد هو المختار على ما ياتي بيانه في المسئلة
التي تلي هذه المسئلة فان ضمن الثاني صار قصاصا بدينه وبرئ الاول وان ضمن الاول لا يبرأ الثاني وفي فتاوى
اهل سمرقند رجل له على اخر دين فاخذه من ماله مثل حقه قال ابو نصر محمد بن سلام يصير غاصبا ويصير ما اخذ
قصاصا بما عليه لانه اخذ بغير اذنه قال صدر الشهيد نعم والمختار انه لا يصير غاصبا لانه اخذ باذن الشرع لكن يصير
مضموما عليه لان طريق قضاء الدين هذا كذا في المحيط والتاتارخانية مسلم غصب من ذمي مالا [illegible]
[illegible] او سرق فانه يعاقب يوم القيمة لانه اخذ مالا معصوما والذمي لا يرجى منه
العفو ويرجى ذلك من المسلم فكانت خصومة الذمي اشد وعند الخصومة لا يعطى ثواب طاعة المسلم للكافر
[illegible] لانه ليس من اهل الثواب ولا وجه ان يوضع على المسلم وبال كفر الكافر فيبقى في خصومته
وعن هذا قالوا ان خصومة الدابة يكون اشد من خصومة الادمي كذا في قاضي خان

كتاب الشفعة

وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك الانسان مال غيره بلا رضاه في كل منهما والحق تقديمها عليه لكونها
مشروعة دونه لكن توقف الحاجة الى معرفته للاحتراز عنه مع كثرة اسبابه من الاستحقاق في البياعات والاشربة
والاجارات والشركات والمزارعات اوجب تقديمه وانما شرعت للنظر ودفع الضرر الذي ينشأ من سوء المجاورة
على الدوام من حيث ايقاد النار واعلاء الجدار واثارة الغبار ومنع ضوء النهار وشبهها ايصال ملك الشفيع

للضمان وبه يفتى
وغيرها للمومات
الا عند العتق
مال الغير فالضمان
ولو اطعم الغاصب
الشافعي لا يبرأ
في مال نفسه
وتحقيقه ان
كما لو غصب
الغاصب وما
الا ان يحب لا

طلب الشفعة عند تحقق سببها و

علوا كان او سفلاً مملوكا ببدل هو مال وركنها اخذ الشفيع ما اشتراه المشتري اما من البائع او من المشتري واما حكمها فالجواز بملك المشتري وشرطها كون المبيع عقارا هي لغة مشتقة من الشفع وهو الضم ومنه الشفع في الصلوة وهو ضم ركعة الى ركعة اخرى والشفع الزوج الذي هو ضد الفرد والشفيع لانضمام رايه الى راي المشفوع له في طلب النجاح وفي شفاعة النبي عم للمذنبين لانها تضمهم الى الصالحين سميت بها هنا لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفيع وشرعا تملك العقار قيد بالعقار وهو كل ماله اصل وقرار من ضيعة ودار لان الشفعة احالة انما تثبت فيه وما في معناه كالعلو ذكره في التحفة يعني هي عبارة عن حق يملك المرء ما اتصل بعقاره ولو حكما وفي المحيط قال اصحابنا الشفعة لا تجب في المنقول لا مقصودا ولا تبعا للعقار وانما تجب مقصودا في العقارات كالدار والكرم وغيرهما من الاراضي مما يحتمل القسمة او لا يحتمل كالحمام والرحى والبئر وغير ذلك انما تجب في الاراضي التي تملك رقابها حتى لا تجب في الاراضي التي حازها الامام لبيت المال ويدفع الى الناس مزارعة فصار لهم فيها كردار كالبناء والاشجار والكبس اذا كبسها تراب نقلوها من موضع يملكونها فان بيعت هذه الاراضي فبيعها باطل وان بيع الكردار وكان معلوما يجوز بيعه ولكن لا شفعة فيه وكذلك الاراضي لما ذهبية اذا كانت الاكرة يزرعونها فبيعها لا يجوز وانما تجب لحق الملك في الارض حتى لو بيعت دار بجنبها الوقف فلا شفعة للوقف ولا يأخذها المتولي وفي فتاوى ابي الليث وكذلك اذا كانت هذه الدار وقفا على رجل لا يكون للموقوف عليه حق الشفعة بسبب هذه الدار وفي السراجية رجل له دار في ارض وقف فلا شفعة له ولو باع هو عمارته فلا شفعة لجاره كذا في التاتارخانية من على مشتريه بشركة او جوار بما قام عليه من الثمن وقال في المحيط واذا وجبت الشفعة فان كان الثمن من ذوات الامثال وجبت بمثله وان لم يكن منها كالعبد والثوب وجبت بقيمته وقال زفر والشافعي ومالك يأخذه بقيمته جبرا اي بغير اختياره لانه يعتبر عدم اختياره وقد يكون على بائعه كما اذا اقر البائع بالبيع وانكر المشتري قال في القادوري المشهور ان الشفعة تعتمد زوال الملك عن البائع لا على ثبوته للمشتري ولهذا تثبت اذا باع بشرط الخيار للمشتري كذا في ايضاح ابن كمال وتجب اي تثبت الشفعة اذ لا يأثم بالترك فهي واجبة له لا عليه بعد البيع لانها بالرغبة عن الملك تجب الشفعة وبالبيع يعرف ذلك وتحقيقه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار ورغبته عنها امر خفي لا يطلع عليه وله دليل ظاهر يعرفه وهو البيع فيقام مقامه والحاصل ان اتصال ملك البائع بملك الشفيع سبب والرغبة عن الملك شرط والبيع دليل على ذلك قائم مقامه بدليل ان البيع اذا ثبت في حق الشفيع باقرار البائع به صح له ان يأخذه وان كذبه المشتري وتستقر بالاشهاد اعلم ان للشفعة احوال استحقاق وهو باتصال الملك بشرط البيع كما مر آنفا واستقرار وهو بالاشهاد وهو بعد الطلب اي لا بد من طلب الشفعة على المسارعة لان الشفعة حق ضعيف يبطل بالاعراض وقال عليه السلام الشفعة كحل العقال اي قيدها ثبت وهو كناية عن سرعة السقوط فلا بد من دليل على انه اعرض عنه او دام عليه في الاشهاد والطلب لان على الدوام فلا بد منهما ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد وتملك بالاخذ بقضاء القاضي بحق الشفعة او رضا المشتري وتسليمه الى الشفيع وذلك لان الملك للمشتري قد تم حتى لو اجره تطيب له الاجرة فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضي او بقضاء القاضي كما في الرجوع في الهبة وتظهر فائدة توقف الملك في الدار المشفوعة بعد الطلبين الى وقت اخذ الدار باحد هذين الامرين فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين او باع داره المستحق بها الشفعة او بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم او تسليم الخصم لا يورث عنه في الصورة الاولى اي فيما اذا مات الشفيع

لانه

لانه لم يملكها فلا يورث عنه وتبطل الشفعة في الصورة الثانية اي فيما اذا باع داره لزوال السبب وهو الاتصال قبل ثبوت الحكم ولا يستحقها في الصورة الثالثة اي فيما اذا بيعت الى جنب الدار المشفوعة لها لانه لم يكن مالك المشفوعة بها فكيف يملك بها غيرها وانما تجب الشفعة للخليط اي الشريك في نفس المبيع لقوله عليه السلام الشفعة لشريك ما لم يقاسم اي تثبت الشفعة للشريك اذا كانت الدار مشتركة فباع احد الشريكين نصيبه قبل القسمة اما اذا باع بعدما فلم يبق للشريك الآخر حق لا في مدخل ولا في نفس الدار فلا شفعة فان لم يكن الخليط او كان ولكن سلم شفعته الى المشتري فللخليط في حق المبيع اي فيما لا بد له منه من تابع له لقوله عليه السلام جار الدار احق بشفعة الدار والارض كالشرب بالكسر اي شرب نهر العقارين ومائه والطريق اي الطريق كما في النظم فلو بيع عقار له شرب وطريق وقت البيع فلا شفعة فيه من جهة حقوقه ولو شاركه احد في الشرب وآخر في الطريق فصاحب الشرب اولى من صاحب الطريق الخاصين فلو كانا عامين فللجار فالشرب الخاص كنهر اي كشرب نهر للعقارين لا يجري فيه السفن اي اصغر السفن فالنهر العام عند ابي حنيفة ما يجري فيه السفن كدجلة وفرات وذكر شيخ الاسلام ان المشايخ اختلفوا فيه فقيل الخاص ما يتفرق ماؤه بين الشركاء ولا يبقى اذا انتهى الى آخر الاراضي ولا يكون له منفذ الى المفاوز التي لجماعة المسلمين والعام ما يتفرق ويبقى وله منفذ وعامة المشايخ على انه ما كان شركاؤه لا يحصون واختلفوا فيما لا يحصى من خمسمائة او مائة واربعين او عشرة والاصح انه مفوض الى راي كل مجتهد في زمانه كما في المحيط فلو بلغ حصته بشربها فالشفعة للخليط ثم لاهل الجدول ثم لاهل الساقية ثم لاهل النهر العظيم كما في التتف والطريق الخاص مثل طريق لا ينفذ اي لا يخرج الى الطريق رأسها صنوح وآخرها واسع فيها دورٌ مثلا وجميع اهلها شفعاء ولو معا بلا ترتيب بعد الطريق جار له ملك عقار في جواره بخلاف ما اذا كان لمعقار طريق الوقف والاجارة او الاستعارة او الايداع حيث لا شفعة بذلك بجوار الملاصق اي المتصل بالمبيع ولو حكما كما اذا بيع بيت من دار فان الملازق له والاقصى الدار في الشفعة سواء ولو كان بابه اي باب عقار الجار او المبيع في سكة اخرى نافذة او غير نافذة بان يكون ظهره الى ظهر المبيع وبه يمتاز عن الطريق وهذا اذا كان المبيع ذا باب الا ترى انه لو اشترى نهرا او لرجل ارض في اعلاه الى جنبه ولآخر في اسفله فلهما الشفعة في جميع النهر من اعلاه الى اسفله لا كمال لاحد منهما جار له كما في المحيط كذا في القهستاني وقال الشافعي لا شفعة للجار لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم يعني اذا كان قابلا للقسمة واما اذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده ولنا قوله عليه السلام جار الدار احق بالدار وما رواه من باب تخصيص الشيء بالذكر وهو لا يدل على نفي ما عداه واما الترتيب فلقوله عليه السلام الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ومن له جذوع على حائطها او له شركة في خشبة عليه فهو ليس شريك بل هو جار لان العلة هي الشركة في العقار وبوضع الجذوع لا يصير شريكا في الدار الا انه جار ملازق وكذا بالشركة في الخشبة فان كان له شركة في نفس الجدار فشريك لتحقق العلة وقال محمد في الاصل والشريك في الفناء احق من الجار قال شمس الائمة السرخسي فان كان مراده فناء مملوكا بهم ملكا خاصا فهذا ظاهر وان كان المراد فناء غير مملوك فوجهه انهم اخص بالانتفاع بذلك العقار ولهم ان يمنعوا غيرهم عن الانتفاع به فهو بمنزلة الطريق الخاص بينهم ذكره في التاتارخانية وهي اي الشفعة على عدد الرؤوس لا السهام يعني اذا اجتمع شفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤوسهم

عندنا فلا يعتبر اختلاف الاملاك وقال الشافعي هي على مقادير الانصباء فاذا كان دار بين ثلاثة لاحدهم
نصفها وللآخر ثلثها وللآخر سدسها فباع صاحب النصف نصيبه وطلب الشريكان الشفعة قضي بذلك
بينهما نصفين عندنا وعند الشافعي اثلاثا بقدر ملكهما لان الشفعة من مرافق الملك لانها لتكميل منفعته فيكون
بقدر الملك كالربح والغلة والولد والثمرة ولنا انهم تساووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال الا يرى انه لو انفرد
واحد منهم لحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي فيه ليثبت
الحكم بقدر دليله ويتكثر ملك غيره لا يجعل الشفعة من ثمرات ملكه كالاب فان له التمكن من تملك جارية ابنه ولا
يعد ذلك من ثمرات ملكه ولو اجتمع الشفعاء واسقط بعضهم حقه فان كان قبل القضاء فالشفعة
للباقين في الكل على عددهم دون انصبائهم كما تقدم لان السبب في حق كل واحد منهم كامل والانتقاص
كان للمزاحمة وقد انقطعت بالتسليم ولو كان البعض غائبا يقضي بها بين الحاضرين على عددهم لان
الغائب قد لا يطلب فلا يترك حق الحاضرين بالشك وان قضى للحاضر بالجميع ثم حضر آخر وطلبها
يقضى له بالنصف فان حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد منهما تحقيقا للتسوية وان كان بعد القضاء
صار كل واحد منهما مقضيا عليه في حصة صاحبه فيما قضي به لصاحبه والمقضي عليه في قضية لا يصير مقضيا
له فيها ولا فرق في هذا بين ما استووا في سببها وبين ما يكون بعضهم اقوى كالشريك مع الجار وكذا لو
سلم الحاضر بعد ما قضي له بالجميع لا يأخذ القادم الا النصف لان قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حق
الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء فاذا علم الشفيع بالبيع يشهد في الاشهاد في مجلس علمه
بالبيع بان يخبره رجلان او رجل وامرأتان او مستوران او واحد عدل عند ابي حنيفة وقالا يجب عليه ان يشهد
اذا اخبره واحد عدلا كان او عبدا او صبيا او امرأة اذا كان الخبر حقا واصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد
ذكرناه واخواته في آخر القضاء ان يطلبها يعني كما علم من غير توقف سواء كان عنده انسان او لم يكن ويسمى
هذا الطلب طلب مواثبة سمي به تبركا لقوله عليه السلام الشفعة لمن واثبها اي طلبها على وجه السرعة والمبادرة
قال في الهداية اعلم ان الطلب في الشفعة على ثلثة اوجه الاول طلب مواثبة وهو ان يطلبها كما علم حتى لو بلغه
البيع ولم يطلب بطلت شفعته لما ذكرنا ان الشفعة حق ضعيف يبطل بالاعراض ولما روينا آنفا
ولو اخبر بكتاب والشفعة في اوله او في وسطه فقرأ الكتاب الى آخره بطلت شفعته وعلى هذا عامة المشايخ
وهو رواية عن محمد وعنه ان له مجلس العلم والروايتان في النوادر وبالثانية اخذ الكرخي لانه لما ثبت له
خيار التملك لا بد له من زمان التأمل كما في المخيرة ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله ولا حول ولا قوة الا بالله او قال
سبحان الله لا تبطل شفعته لان الاول حمد على خلاصه من جواره والثاني تعجب منه لقصد اضراره والثالث
لافتتاح كلامه فلا يدل شيء منه على الاعراض وكذا اذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن
دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض والتقييد بالمجلس اشارة الى ما اختاره الكرخي ثم الاشهاد
فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد اذ ربما يجحد الخصم فيحتاج الى الشهود وتحقيقه ان طلب المواثبة
ليس لاثبات الحق وانما هو شرط ليعلم انه غير معرض عن الشفعة والاشهاد في ذلك ليس بشرط حتى لو صدقه المشتري
على الطلب لا يحتاج الى الاشهاد كذا في العناية والاختيار ولو سلم الشفيع على المشتري لا تبطل شفعته
هو المختار لقوله عليه السلام من تكلم قبل السلام فلا تجيبوه وكذلك لو صلى بعد الظهر ركعتين او بعد الجمعة

اربعا

اربعا وان صلى اكثر من ركعتين بعد الظهر او اكثر من اربعة بعدها بطلت شفعته لان الاكثر ليس بسنة فلا يكون
معذورا ولو علم بالبيع وهو في سنة التطوع فجعلها اربعا او ستا فالمختار انها تبطل بخلاف الاربع
قبل الظهر اذا اتمها اربعا لا تبطل كذا في الخلاصة ثم شرع في الوجه الثاني من الطلب بقوله ثم بعد طلب المواثبة
يشهد الشفيع عند العقار لان الحق متعلق به او على المشتري وان لم يكن المبيع في يده لانه مالك او على البائع ان كان
في يده بان لم يسلم الى المشتري فاذا سلمه لم يصح الاشهاد على البائع لخروجه عن ان يكون خصما اذ لا يد ولا ملك له
فيقول الشفيع اشترى فلان هذه الدار وقد كنت طلبت الشفعة حين سمعت البيع وانا اطلبها الآن فاشهدوا
على ذلك قال شيخ الاسلام الشفيع انما يحتاج الى طلب الاشهاد بعد طلب المواثبة اذا لم يمكنه الاشهاد عند
طلب المواثبة بان سمع الشراء حال غيبته عن المشتري والبائع والدار اما اذا امكنه بان سمع الشراء بحضرة احد
هؤلاء فطلب طلب المواثبة واشهد على ذلك فذلك يكفيه ويقوم مقام الطلبين فان ترك الاقرب من هذه
الثلاثة وقصد الابعد وكانوا في مصر واحد بطلت الشفعة قياسا ولم تبطل استحسانا لانه نواحي المصر جعلت
كناحية واحدة ولو كان لاحدهم في مصره والآخران في مصر آخر وفي رستاق هذا المصر فترك الاقرب الى الابعد
بطلت قياسا واستحسانا [illegible] قالوا هذا اذا كانوا على طريق واحد فاما اذا كانت الطرق
مختلفة لا تبطل بالذهاب الى الابعد لانه ربما يكون عذر في طريق لا يكون ذلك في طريق آخر ذكره الاتقاني نقلا
عن شرح الكافي ثم مدة هذا الطلب مقدرة بالتمكن من الاشهاد عند حضرة احد هؤلاء حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت
شفعته ويسمى هذا الطلب طلب تقرير واشهاد ثم قال صاحب الهداية ويصح هذا الطلب بكل لفظ يفهم منه
طلب الشفعة كما لو قال طلبت الشفعة او اطلبها او انا طالبها لان الاعتبار للمعنى وقال محمد بن الفضل البخاري
لو قبل القروي بيع ارض بجنب الضيعة فقال الشفعة الشفعة كان ذلك منه طلبا صحيحا ومن الناس من قال
اذا قال الشفيع طلبت الشفعة واخذتها بطلت شفعته لانه كلام وقع كذبا في الابتداء فكان كالسكوت والصحيح
انه لا يبطل لانه انشاء عرفا ومنهم من قال الطلب واخذ بطلت لانه عدة محضة والمختار ما ذكره صاحب الهداية كذا في
العناية ثم شرع في الوجه الثالث من الطلب بقوله ثم اي بعد طلب الاشهاد يطلب الشفيع عند قاض فيقول
اذا كان العقار عند المشتري اشترى فلان دار كذا وانا شفيعها بسبب كذا فمره بالتسليم الي ويسمى هذا الطلب
طلب الخصومة والتمليك ولا تبطل الشفعة بتأخيره يعني بتأخير طلب الخصومة بغير عذر لانهم اجمعوا على انه اذا تركه
بمرض او حبس او نحو ذلك ولم يمكن التوكيل بهذا الطلب لا تبطل شفعته وان طالت المدة ذكره في العناية
مطلقا اي سواء تركه مجلسا او مجلسين او ثلاثة ايام او شهرا او اكثر في ظاهر المذهب عن ابي حنيفة وهو رواية عن
ابي يوسف وعليه الفتوى وكذا في الجمع والهداية والكافي وقيل القائل صاحب المحيط وقاضي خان في الجامع
الصغير [illegible] شيخ الاسلام واختاره في الوقاية يعني في زماننا بقول محمد وهو قول زفر انه ان اخره شهرا
بلا عذر بطلت شفعته وعن ابي يوسف انه اذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي يبطل شفعته لانه اذا مضى
مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه اختيارا دل ذلك على اعراضه وتسليمه وجه قول محمد انه لو لم يسقط بتأخير الخصومة
ابدا يتضرر به المشتري لانه لا يمكنه التصرف حذارا نقضه من جهة الشفيع فقدرناه بشهر لانه آجل وما دونه عاجل
على ما مر في الايمان وجه قول ابي حنيفة وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى ان الحق متى ثبت واستقر لا يسقط الا
باسقاط صاحب الحق وهو التصريح بلسانه كما في سائر الحقوق ولم يوجد وما ذكر محمد من الضرر يشكل بما اذا كان

الشفيع غائبا ولا فرق في حق المشتري بين حضور السلو ولو علم انه لم يكن في المبلدة فأمض لا تبطل شفعته بالتأخير
بالاتفاق لانه لا يتمكن من خصومته الا عند القاضي فكان عذرًا كذا في الهداية وضرر المشتري يمكن دفعه بالمرافعة الى القاضي
حتى يوقت له وقتا يوفيه الثمن والا يبطل حقه قال في الهداية والفتوى على قول محمد رحمه الله وقال في المحيط والفتوى
على قولهما دفعا للضرر عن المشتري لانه قد يختفي الشفيع فلا يقدر على احضاره الى القاضي فيدفع الضرر بقولهما كذا في
الاختيار واذا ادعى الشراء اي ادعى الشفيع ان المشتري اشترى الدار المشفوعة وطلب الشفعة سأل
القاضي المدعى عليه وهو المشتري بان يقول الدار التي يشفع بها الشفيع هل هي في ملكه قال مشايخنا والصحيح
ان القاضي يقول متى اخبرت بالشراء وكيف صنعت حين اخبرت بالشراء ولا يقول له متى علمت وكيف صنعت
حين علمت وانما يسأله وقت العلم بالشراء وعن وقت الاخبار حتى يرى القاضي ان المدة هل تطاولت من وقت
العلم او من وقت الاخبار الى وقت المرافعة الى القاضي فان عندهما اذا تطاولت المدة فالقاضي لا يلتفت الى
دعواه وعليه الفتوى وانما اختار مشايخنا ان يسأله القاضي عن وقت الاخبار لا عن وقت العلم لان العلم
لا يثبت الا بدليل مقطوع به والشفعة تبطل بترك الطلب بعد وصول الخبر اليه ولو قال له القاضي
هل طلبت حين علمت انما يريد به العلم المقطوع به ويكون صحيحا فيسأله القاضي عن الطلب بعدما اخبر بالبيع
وفي فتاوى ابي الليث الشفيع اذا طلب الشفعة فقال المشتري هات الدراهم وخذ شفعتك فان امكن
احضار الدراهم ولم يحضر ثلاثة ايام بطلت شفعته هكذا روي عن محمد وفي البرهانية وبه اخذ الفقيه ابو الليث
قال صدر الشهيد والمختار انه لا يبطل وفي السراجية اذا قال المشتري للشفيع لا اعرف لك دارا تستحق
بها فالقول قوله مع يمينه فيحلف على البتات عند محمد وعند ابي يوسف على العلم وعليه الفتوى الكل في التاتارخانية
فان اقر المدعى عليه بملك الشفيع ما يشفع به او نكل عن الحلف على العلم بملكيته او برهن الشفيع سأل عن
الشراء فان اقر او نكل عن اليمين انه ما ابتاع او نكل المشتري عنها بان يقول بالله ما اشترى ما يدعي انه اشتراه
او ما يستحق عليه هذه الشفعة او برهن الشفيع قضى له بها اعلم ان القاضي ينبغي له ان يسأل المدعي قبل ان يقبل على
المدعى عليه عن موضع الدار وحدودها فاذا بين ذلك سأله عن سبب استحقاقه الشفعة لاختلاف اسبابها فانها على مراتب كما
تقدم فلا بد من بيان السبب ليعلم هل هو محجوب بغيره او لا وربما يظن ما ليس بسبب كالجار المقابل سببا فانه سبب
عند شريح اذا كان اقرب بابا فلا بد من البيان فاذا بين ذلك وقال انا شفيعها بدار لي تلاصقها الآن
تم دعواه على ما قاله الخصاف وذكر في الفتاوى تحديد الدار التي يشفع بها ايضا وقيل ثم بعد ذلك سأله
عن طلب المواثبة فاذا قال طلبت حين علمت او اخبرت من غير لبث سأله عن طلب الاشهاد فاذا قال طلبته
من غير تأخير سأله عن المطلوب بحضرته هل كان اقرب اليه من غيره فان قال نعم فقد صح دعواه ثم يقبل على المدعى عليه
فان اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه اقامة لان اليد ظاهر محتمل يحتمل ان يكون يد ملك واجارة وعارية
والمحتمل لا يكفي لاثبات الاستحقاق فان اقام فقد نورت دعواه وان عجز استحلف المشتري بطلب الشفيع
انه لا يعلم ان الشفيع مالك للذي ذكره مما يشفع به لانه ادعى عليه امرا لو اقر به لزم فاذا انكره لزمه اليمين
على العلم لكونه استحلافا على ما في يد غيره فان نكل ثبتت دعوى الشفيع فبعد ذلك سأل الحاكم المدعى عليه هل ابتاع
ام لا فان اقر فذاك وان انكر قيل للشفيع اقم البينة فان اقامها فذاك وان عجز عنها استحلف المشتري على انه
ما اشتراه او ما استحق عليه الشفعة من الوجه الذي ذكره فهذا على الحاصل والاول على السبب وقد عرفت الاختلاف فيه

في كتاب الدعوى كذا في العناية فرع قال صاحب المحيط في المنتقى دار بيعت ولها شفيعان جاران
واحدهما غائب فخاصم الحاضر المشتري الى قاض لا يرى الشفعة بالجوار فقال له لا شفعة لك او قال ابطلت
شفعتك ثم قدم الشفيع الآخر وخاصم المشتري الى قاض يرى الشفعة بالجوار فانه يقضي له بجميع الدار
وان طلب الاول القضاء من هذا القاضي فالقاضي لا يقضي له بشيء فان كان القاضي الاول قال للشفيع الاول
طلبت شفعتك وقضيت بابطال الشفعة في هذه الدار لكل جار فان هذا خطأ منه وانه قضاء على الغائب
وفي السراجية الشفوي اذا طلب الشفعة بالجوار فالقاضي يسأله هل ترى الشفعة بالجوار ام لا فان قال نعم
يقضي بالشفعة والا فلا كذا في التاتارخانية ولا يشترط احضار الثمن وقت الدعوى يعني يجوز المنازعة
في الشفعة في ظاهر الرواية وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى له القاضي للشفيع بالشفعة
لزم على الشفيع احضاره وللمشتري حبس الدار المشفوعة لقبض الثمن من الشفيع او من ورثته
ان مات وعن محمد انه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة لان الشفيع قد يكون
مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره حتى يتوى مال المشتري والفرق بين هذا وبين المشتري مع البائع
ان البائع ازال المبيع عن ملكه قبل وصول الثمن اليه فقد اضر بنفسه عن اختيار فلا ينظر له بابطال ملك
المشتري وانما ينظر له باثبات حق الحبس في المبيع واما المشتري هاهنا فلا يزيل ملكه بنفسه عن اختيار
ليحتاط لنفسه قبل وصول الثمن اليه بل الشفيع يتملك عليه كرها دفعا للضرر عن نفسه وانما يجوز
له ذلك اذا دفع الضرر عن نفسه على وجه لا يضر بغيره ودفع الضرر عن المشتري بابطال الشفعة اذا ما
طال في دفع الثمن وجه ظاهر الرواية انه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه ما ليس
بثابت عليه لا يشترط احضاره فلا بد من القضاء بها للتمكن من المطالبة واذا قضى له بالدار فللمشتري
ان يحبسه حتى يستوفي الثمن ويكون القضاء نافذا عند محمد ايضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن
فيحبسه فيه ولا يبطل شفعته بتأخير الثمن بعدما امر باداءه اي لو اخر اداء الثمن بعدما قال له ادفع
اليه الثمن لا تبطل شفعة الشفيع لانها تأكدت بالخصومة عند القاضي كذا في العناية وذكر في المحيط
انه اذا قضى القاضي للشفيع بالشفعة وضرب له اجلا وقال ان لم تأت بالثمن الى وقت كذا فلا شفعة لك
فلم يأت به بطلت شفعته وكذلك اذا قال المشتري ذلك للشفيع فان جاء بالدنانير والثمن دراهم
فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا تبطل شفعته وبعضهم توقف في الجواب فيفتي انه لا تبطل شفعته
وفي تجنيس الناصري والفتوى على انه لا تبطل شفعته وكذا اذا قال الشفيع ان لم اعط الثمن الى وقت
كذا فانا بريء من الشفعة فهو صحيح ويبطل حقه ان لم يعط الثمن الى ذلك الوقت كذا في التاتارخانية والشفيع
ان يخاصم البائع في الشفعة اذا كان المبيع في يده لان اليد له وهي معتبرة كيد الملاك ولهذا كان له ان يحبسه
حتى يستوفي الثمن ولو هلك في يده هلك من ماله بخلاف يد المودع والمستعير ومن له يد كذلك فهو خصم لمن ادعى
عليه ولكن لا يسمع القاضي البينة عليه ان على البائع حتى يحضر المشتري لان الملك للمشتري واليد للبائع
والقاضي يقضي بهما للشفيع فلا بد من خصومة المقضي عليه للقضاء بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت فانه لا حضور
للبائع اذ ذاك غير معتبر لصيرورته اجنبيا اذ لم يبق له ملك ولا يد فيفسخ القاضي المبيع بحضرته اي المشتري
وهذا الفسخ في حق الاضافة لانه قبض المشتري مع ثبوت حق الاخذ للشفيع بالشفعة ممتنع دفعا

الغرض من المشتري وهو الانتفاع بالمبيع فيحتاج الى الفسخ لان الاسباب شرعت لاسبابها لا لذاتها لكنه
يبقى اصل البيع الصادر من البايع مجرداً عن اضافته الى المشتري لتعذر انفساخه فانه لو انفسخ عاد
على موضوعه بالنقض فتحيل لبقائه بتحويل الصفقة الى الشفيع ويصير كانه مشتري من البايع وهذا
لان الشفعة ثابتة في الشرع البتة وثبوتها مع بقاء العقد متعذر لعدم حصول المقصود فكان في فسخه في ضرورتها
وهي تندفع بفسخه من جانب المشتري فلا يتعدى الى غيره وهذا اختيار بعض المشايخ وهو المختار وقال بعضهم
تنتقل الدار من المشتري الى الشفيع بعقد جديد كذا في العناية ويقضي بالشفعة على البايع ويجعل العهدة
عليه اي على البايع حتى يجب تسليم الدار عليه وعند الاستحقاق يرجع بالثمن عليه وهذا لانه بايع كما كان ولو كان
بعقد جديد كانت على المشتري بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذه الشفيع من يده حيث يكون العهدة عليه
لانه تم ملكه بالقبض والوكيل بالشراء خصم للشفيع ما لم يسلم الدار الى الموكل لان الوكيل هو العاقد
فيتوجه عليه حقوقه والاخذ بالشفعة من حقوقه بخلاف ما اذا سلمها الى الموكل لانه لم يبق للوكيل في يد
ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل وكذلك اذا كان البايع وكيلاً للغايب فللشفيع ان يأخذها
منه اذا كانت في يده لانه عاقد وكذا اذا كان البايع وصياً للميت فيكون الخصم للشفيع هو الوصي اذا كانت
الورثة صغاراً وللشفيع خيار الرؤية فلو قضي للشفيع بالدار ولم يكن رآها فله خيار الرؤية وله
خيار العيب وان شرط المشتري البراءة عنه اي عن العيب وذلك لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء
الا ترى انه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخيارات كما في الشراء ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري ولا
برؤيته لانه ليس بنائب عنه فلا يملك اسقاط حق الشفيع

في الاختلاف لما ذكر مسائل
الاتفاق بين الشفيع والمشتري في الثمن وهو الاصل شرع في بيان مسائل الاختلاف بينهما فيه واذا اختلف
الشفيع والمشتري في الثمن فالقول للمشتري فانه وقع اختلافهما في جنس الثمن بان قال المشتري اشتريت بمائة دينار
وقال الشفيع لا بل بالف درهم او في قدره بان قال المشتري اشتريت بالفين وقال الشفيع بالف فالقول قول
المشتري مع يمينه وعلى الشفيع البينة لان الشفيع يدعي عليه التملك بهذا الجنس او بهذا المقدار والمشتري
ينكر ذلك فالقول للمنكر مع يمينه ولان المشتري هو العاقد فيكون اعرف بجنس الثمن وقدره وان وقع اختلافهما
صفة الثمن بان قال المشتري اشتريت بثمن معجل وقال الشفيع لا بل بثمن مؤجل فالقول للمشتري ايضاً
لان الحلول في الثمن اصل والاجل عارض فالمشتري يتمسك بالاصل فيكون القول له ولان الاجل يثبت بالشرط
فالشفيع يدعي عليه شرط التأجيل وهو ينكر فكان القول له كذا في البدايع وان برهنا فالبينة للشفيع عند ابي حنيفة
ومحمد وعند ابي يوسف البرهان للمشتري لانه اكثر اثباتاً فصار كبينة البايع اذا اختلف هو والمشتري في مقدار
الثمن فانها للبايع ولهما انه لا تنافي بين البينتين في حق الشفيع لجواز تحقق البيعين مرة بالف واخرى
بالفين على ما شهد عليه البينتان وفسخ احدهما بالآخر فيظهر في حق الشفيع لتأكد حقه فجاز ان
يجعلا موجودين في حقه وله ان يأخذ بايهما شاء وهذا بخلاف البايع والمشتري لانهما لا يتوالى بينهما عقدان
الا بانفساخ الاول فالجمع بينهما غير ممكن فيصار الى اكثرهما اثباتاً لان المصير الى الترجيح عند تعذر التوفيق وان
ادعى المشتري ثمناً وادعى البايع اقل منه يعني اذا وقع الاختلاف بين البايع والمشتري في مقدار الثمن بان قال البايع
بعت بالف وقال المشتري بالفين اخذه الشفيع بما قال البايع من غير يمين على احد ذكره في التاتارخانية نقلا

عن المحيط

عن المحيط ان كان اختلافهما قبل قبض البايع الثمن سواء كان المبيع في يد البايع او في يد المشتري وذلك
لان الشراء لو وقع بالف كما قاله البايع اخذه الشفيع به وان وقع بالفين كما قاله المشتري كان قول البايع
بعت بالف حطاً لبعض الثمن من المشتري وحط بعض الثمن يصح فيظهر في حق الشفيع ويأخذه الشفيع
بما قال المشتري ان كان اختلافهما بعده اي بعد قبض البايع الثمن لانه اذا قبضه لم يبق له حق في المبيع اصلاً
وصار اجنبياً فالتحق تصديقه بالعدم فيكون القول للمشتري وان عكسا بان ادعى المشتري ان الثمن
الف وادعى البايع انه الفان فبعد القبض تعتبر قول المشتري لانه المنكر فيكون القول مع يمينه وقبله اي
قبل قبض الثمن يتحالفان اي البايع والمشتري لقوله عم اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا وان
كان غير معلوم القبض فاما ان يقر البايع بالقبض او لا فان كان الثاني فالظاهر ان حكمه حكم ما اذا كان غير مقبوض
وان كان الاول كما لو قال بعت الدار منه بالف وقبضت الثمن اخذها الشفيع بالالف بقول البايع
لانه اذا بدأ بالاقرار بالبيع بمقدار تعلقت الشفعة بالبيع بذلك المقدار ثم بقوله قبضت الثمن
يريد اسقاط حق الشفيع المتعلق باقراره في الثمن لانه ان تحقق ذلك يبقى اجنبياً عن العقد اذ لا ملك له
ولا يد وحينئذ يجب ان يأخذ بما يدعيه المشتري لما تقدم آنفاً ان الثمن اذا كان مقبوضاً اخذ بما قال المشتري
وليس له اسقاط حق الشفيع فيرد عليه قوله قبضت وان كان الثاني كما لو قال قبضت الثمن وهو الف
لم يلتفت الى قوله ويأخذها بما قال المشتري لانه بالاقرار بقبض الثمن خرج من البين وصار اجنبياً وسقط
اعتبار قوله في مقدار الثمن وروى الحسن عن ابي حنيفة ان المبيع اذا كان في يد البايع فاقر بقبض الثمن وزعم
انه الف فالقول قوله لان التملك يقع على البايع فيرجع الى قوله وهذا ظاهر لانه لم يصر اجنبياً لكونه ذا اليد وان
لم يكن مالكاً كذا في البدايع والعناية واي كان اعتبر قول صاحبه اي ايهما امتنع عن اليمين ظهر ان الثمن ما
يقوله الآخر فيأخذه الشفيع بذلك وان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما على ما عرفت بالحديث المذكور ويأخذه
اي المبيع الشفيع بما قال البايع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع وان كان بالقضاء لانه
نصب ناظراً للمسلمين لا مبطلاً لحقوقهم وان حط البايع عن المشتري بعض الثمن يأخذه الشفيع بالباقي
اعلم ان حط بعض الثمن والزيادة فيه يستويان في باب المرابحة دون الشفعة لانه في المرابحة ليس
في التزام الزيادة ابطال حق مستحق بخلاف الشفعة فان في الزيادة فيها ابطال حق ثبت للشفيع بما قبلها
وعلى هذا يخرج ما في الكتاب ان البايع اذا حط عن المشتري بعض الثمن قبل القبض سقط ذلك عن الشفيع
وان حط الكل يأخذه الشفيع بالكل لان حط البعض يلتحق باصل العقد فيظهر في حق الشفيع لانه انما
يأخذ بالثمن والثمن هو ما بقي واذا حط بعده رجع الشفيع على المشتري بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه
لا يلتحق باصل العقد لئلا يخرج العقد عن موضوعه وقدم في البيوع وان حط النصف ثم النصف
يأخذ الشفيع بالنصف الاخير لانه لما حط النصف الاول التحق باصل العقد فوجب عليه نصف الثمن
فلما حط النصف الآخر كان حطاً للجميع فلا يسقط الا يرى انه لو حط الجميع عن الشفيع وان زاد المشتري
في الثمن لا تلزم الشفيع الزيادة لان في اعتبار الزيادة ضرراً بالشفيع لاستحقاقه الاخذ بما دونها بخلاف
الحط لان فيه منفعة له ونظير الزيادة اذا جدد العقد باكثر من الثمن الاول لم يلزم الشفيع حتى كان له ان يأخذها
بالثمن الاول لما بينا كذا ذكره في الهداية وان اراد الشفيع ان يحلف المشتري بالله ما اردت بذلك ابطال

ن: ابتداءً لا يسقط عن الشفيع الا ما يلتحق باصل العقد بان يكون قبل القبض ولا يسقط عنه

شفيع لا يحلف ولو ادعى الشفيع ان البيع كان تلجئة واراد ان يحلف المشتري بالله ان البيع ما كان
تلجئة فله ذلك كذا في التاتارخانية وان كان الثمن مثليا كالمكيل والموزون لزم الشفيع مثله وان كان
الثمن قيميا كالعبد مثلا فقيمته وذلك لان الشرع اثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل
ما يملكه فيراعى بالقدر الممكن فان كان له مثل صورة ملكه به والا فالمثل من حيث المالية وهو القيمة قال فخر واقعات
الناطفي ويعتبر قيمة ذلك الشيء وقت الشراء لا وقت الاخذ بالشفعة وفي العتابية لو اشترى دارا
بعبد واختلف الشفيع والمشتري في قيمة العبد فالقول قول المشتري وكذلك في جميع اجناسه القول
قول المشتري وفي المحيط واذا اشترى الرجل دارا بعوض حتى كان للشفيع ان يأخذ الدار بقيمة العوض
واختلفا في قيمة العوض يوم العقد فان كان العوض قائما للحال ينظر الى قيمته في الحال ويجعل الحال حكما
على ما قبله وان كان العوض مستهلكا فالقول قول المشتري وان اقام احدهما بينة قبلت بينته
وان اقاما البينة فهذا وما لو اختلفا في قيمة البناء المحترق سواء كذا في التاتارخانية وان كان الثمن
مؤجلا اخذ الشفيع بثمن حال او يطلب في الحال ويأخذ بعد مضي الاجل يعني اذا باع بثمن مؤجل الى اجل
معلوم فللشفيع الخيار ان شاء اخذها بثمن حال وان شاء صبر عن الاخذ حتى ينقضي الاجل ثم يأخذها
وانما وصفنا الاجل بكونه معلوما لانه لو كان مجهولا كان البيع فاسدا ولا شفعة فيه وليس له ان يأخذها
في الحال بثمن مؤجل عندنا وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي القديم لان الاجل وصف في الثمن كالزيافة والاخذ
بالشفعة به اي بالثمن فيأخذه باصله ووصفه كما في الزيوف ولنا ان الاجل انما يثبت بالشرط فيما بين
الشفيع والبائع او المبتاع فلا اجل فيما بين الشفيع وبينهما وليس الاجل وصف الثمن لان وصف الشيء
يتبعه لا محالة وهذا ليس كذلك لانه حق المشتري والثمن حق البائع ولو كان وصفا له تبعه فيكون حقا
للبائع كالثمن وصار كما اذا اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم ولاه غيره لا يثبت الاجل الا بالذكر كذا هذا ولا يتعجل
ما على المشتري لو اخذ الشفيع بالحال لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل باخذ الشفيع فبقي موجبه فصار
كما اذا باعه بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا وان اخذها بالثمن الحال من البائع سقط الثمن عن المشتري وان اختار
الانتظار له ذلك لان له لا يلزم زيادة الضرر من حيث النقدية ولو سكت الشفيع عن الطلب في الحال بحل
الاجل بطلت شفعته عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف في قوله الآخر وذكر ابن ابي مالك ان ابا يوسف كان
يقول اولا كقولهما ثم رجع وقال له ان يأخذها عند حلول الاجل وان لم يطلب في الحال لان الطلب انما هو للاخذ
وهو في الحال لا يتمكن منه على الوجه الذي يطلبه لانه انما يريد الاخذ بعد حلول الاجل او بثمن مؤجل في الحال ولا يتمكن
من ذلك فلا فائدة في طلبه في الحال فسكوته لعدم الفائدة في الطلب لا لاعراضه عن الاخذ ولهما ان حق الشفعة
تثبت عند العلم بالبيع والشرط ان يطلب عند ثبوت حق الشفعة واما الاخذ فانه يتراخى عن الطلب
فيجوز ان يتأخر الى انقضاء الاجل ولا نسلم ان المقصود هو الاخذ وان كان فلا نسلم انه ليس بمتمكن من الاخذ
في الحال بل هو متمكن منه بان يؤدي الثمن حالا ولو اشترى ذمي عقارا بخمر او خنزير يأخذه الشفيع الذمي
احترازا عما اذا كان مرتدا فانه لا شفعة له سواء قتل على ردته او مات او لحق بدار الحرب لا لورثته لان الشفعة
لا يورث بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان هذا البيع مقضي بالصحة فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم والذمي والخمر
لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة فيأخذ الاول بالمثل والثاني بالقيمة ويأخذه الشفيع المسلم بالقيمة فيهما اي في الخمر

والخنزير

والخنزير اما الخنزير فظاهر لكونه من ذوات القيم وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم
فالتحق بغير المثلي وان كان الشفيع مسلما وذميا اخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والذمي نصفها
بنصف مثل الخمر اعتبارا للبعض بالكل وطريق معرفة قيمة الخمر والخنزير الرجوع الى من اسلم من اهل الذمة
او من تاب من فسقة المسلمين فان وقع الاختلاف في ذلك فالقول فيه قول المشتري مثل ما اذا اختلف الشفيع
والمشتري في مقدار الثمن واذا اسلم احد المتبايعين والخمر غير مقبوض انتقض البيع لفوات القبض
المستحق بالعقد والاسلام يمنع قبض الخمر بحكم البيع كما يمنع العقد على الخمر ولكن لا يبطل حق الشفيع
في الشفعة لان وجوبها باصل البيع وقد كان صحيحا وبقاؤه ليس بشرط لبقائها ولو بنى المشتري في الارض
المشفوعة او غرس فيها اخذها الشفيع بالثمن الذي اشترى به المشتري وبقيمتهما او بقيمة البناء
والغرس حال كونهما مقلوعين اي مستحقين للقطع فان قيمته اقل من قيمته مقلوعا بقدر اجرة القلع
اي رفع البناء والغرس كما في الغصب وقد مر في كتاب الغصب او كلف المشتري قلعهما الا اذا كان في القلع
نقصان بالارض فان اراد الشفيع بين ان يأخذ بالثمن مع قيمة البناء او الغرس مقلوعة غير ثابتة فله
ذلك كذا في الزيادة وعن ابي يوسف انه لا يكلف القلع ويخير الشفيع بين ان يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس
وبين ان يترك وهو احد قولي الشافعي وله قول آخر وهو له ان يقلع ويعطي قيمة البناء لابي يوسف انه محق
في البناء لانه بناه على انه ملكه والمحق في الشيء لا يكلف قلعه لان التكليف بالقلع من احكام العدوان وتوضيح
ذلك بالموهوب له فانه اذا بنى ليس للواهب ان يكلف القلع ويرجع في الارض وبالمشتري شراء فاسدا
اذا بنى وبالمشتري اذا زرع فانه ليس له ان يكلف قلع الزرع بالاتفاق وذلك لان في ايجاب الاخذ بالقيمة
دفع اعلى الضررين من ضرر المشتري وهو القلع من غير عوص يقابله بتحمل الادنى وهو زيادة الثمن على الشفيع بقيمة
البناء لوجود ما يقابلها وهو البناء والغرس فيجب المصير اليه ووجه ظاهر الرواية ان المشتري بنى
في محل تعلق به حق مؤكد للغير بحيث لا يقدر على اسقاطه جبرا من غير تسليط من جهة من له الحق وكل من بنى
في ذلك نقض بناؤه كالراهن اذا بنى في المرهون ثم نقض البناء لحق الشفيع لان حقه اقوى
من حق المشتري وآكد منه لان الشفيع يتقدم عليه ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته كاجارته وجعله
مسجدا او مقبرة فكذا ينقض تصرفاته بناء وغرسا بخلاف الهبة والشراء الفاسد فان فيهما تسليطا
من جهة المالك فلا ينقض والزرع يقلع قياسا وانما لا يقلع استحسانا لان له نهاية معلومة ويبقى بالاجر
وليس فيه كثير ضرر كذا في العناية والهداية وذكر في المحيط ان الزرع يترك باجر وان اخذه بالقيمة فبقيمته
مقلوعا كذا في الاختيار واذا جعل المشتري الدار المشتراة مسجدا او في حانية او مقبرة ودفن فيها
ثم حضر الشفيع قضى له بالشفعة وله ان ينقض المسجد وينبش الموتى ويجب ان يعلم ان تصرف المشتري
في الدار المشفوعة صحيح الى ان يحكم بالشفعة للشفيع وله ان يبيع وان يؤجر ويطيب له الثمن والاجر
كذا في التاتارخانية ولو استحقت الارض المشفوعة بعد ما بنى الشفيع او غرس فيها رجع الشفيع
على المشتري او على البائع بالثمن لانه تبين ان اخذه كان بغير حق فقط فلا يرجع بقيمة البناء والغرس
لا على البائع ان اخذها منه ولا على المشتري ان اخذ منه وعن ابي يوسف انه يرجع بقيمة البناء والغرس
ايضا لانه متملك على المشتري فنزل منزلة البائع والمشتري من المشتري في صورة الاستحقاق يرجع على البائع

بالثمن وقيمة البناء فكذا الشفيع والفرق على المشهور من الرواية ان المشتري مغرور ومسلط
على البناء والغرس من جهة البائع ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري وان جف الشجر او انهدم
البناء او احترق عند المشتري يأخذها الشفيع بكل الثمن ان شاء يعني اشترى بستانا فجف الشجر او دارا
فخربت من غير صنع احد فالشفيع ان اراد ان يأخذ العرصة بالشفعة يأخذها بجميع الثمن لان البناء والغرس تابع
حتى دخلا في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن ما لم يصر مقصودا بالاتلاف كاطراف العبد ولهذا يبيعها
مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة بخلاف ما اذا غرق نصف الارض حيث يأخذ الباقي بحصته لان الفائت بعض
الاصل وان هدم المشتري البناء او اوقده يأخذ الشفيع العرصة بحصتها لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابلها
شيء من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك بآفة سماوية وليس للشفيع اخذ النقض لانه صار مفصولا
عنه فلم يبق تبعا فبقي منقولا ولا شفعة فيه قال في الاصح ليس للشفيع ان يأخذ النقض في الفصلين
لخروجه عن التبعية وموضوع المسئلتين ما اذا كان الدار في يد البائع ذكره الخبازي وان شرى
المشتري الارض مع شجر مثمر او غير مثمر فاثمر في يده اخذه الشفيع مع الثمر فيهما اي فيما اذا اشتراها
وعلى شجرها ثمر وفيما اذا اشتراها وليس على شجرها ثمر فاثمرت في يد المشتري اما الاول فمعناه اذا ذكر الثمر
في البيع لانه لا يدخل من غير ذكر وهذا استحسان وفي القياس ان لا يأخذه لانه ليس بتبع الا ترى انه لا يدخل
في البيع من غير ذكر فاشبه المتاع في الدار وجه الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء في الدار
وما كان مركبا فيه كالابواب ومفاتيح الاغلاق والسلم المركبة والسرر المركبة فيأخذه الشفيع واما الثاني فلانه
مبيع تبعا لان البيع سرى اليه كالجارية المبيعة اذا ولدت ولدا قبل قبض المشتري يسري حكم البيع
الى الولد حتى يكون الولد ملكا للمشتري كالام فان جذه المشتري فليس للشفيع اخذه اي الثمر في
الفصلين لاتحاد العلة وهو عدم الاتصال لان التبعية كانت به وقد زال ويأخذ ما سواه اي سوى
الثمر بالحصة في الفصل الاول لانه دخل في البيع مقصودا فيقابله شيء من الثمن ويأخذه بكل الثمن
في الفصل الثاني لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا الا تبعا فلا يقابله شيء من الثمن
باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب وما يبطلها ذكر تفصيل ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب بعد ذكر الوجوب
مجملا لان التفصيل بعد الاجمال انما تجب يعني تثبت الشفعة قصدا في عقار وهو ما له اصل من
دار او ضيعة لما عرفت ان سبب ثبوتها دفع ضرر سوء الجار فيؤخذ بها ما كان متصلا بطريق
التبعية فلا يؤخذ القصاع مع الحمام لانها غير متصلة ملك بعوض هو مال لان المقيم انما يكون
اذا كان العوض مالا فان الشرع قدم الشفيع على المشتري في اثبات حق الاخذ له بذلك السبب
لا بانشاء سبب آخر ولهذا لا تجب في الموهوب لانه لو اخذه بعوض كان سببا غير السبب الذي تملك
المتملك وان لم يكن قسمته وقال الشافعي لا شفعة فيما لا يقسم لانها انما وجبت دفعا
لمؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يحتمل القسمة ولنا قوله عليه السلام كرحى يعني كبيت رحى وحمام
وبئر وفي المحيط قال اصحابنا الشفعة لا تجب في المنقولات مقصودا وانما تجب تبعا للعقار كما سيأتي
وانما تجب مقصودا في العقارات كالدار والكرم وغيرهما من الاراضي مما يحتمل القسمة او لا يحتمل
كالحمام والرحى والبئر وغير ذلك وانما تجب في الاراضي التي يمكن رقابها حتى لا تجب في الاراضي التي حازها

الامام

الامام لبيت المال ويدفع الى الناس مزارعة فصار لهم فيها كردار كالبناء والاشجار والكبس
اذا كبسها بتراب نقلوها من موضع يملكونها فان بيعت هذه الاراضي فبيعها باطل وان بيع
الكردار وكان معلوما يجوز بيعه ولكن لا شفعة فيه وكذلك الاراضي المبانذهية اذا كانت الاكرة
يزرعونها فبيعها جائز وانما تجب بحق الملك في الارض حتى لو بيعت في ارض بجنبها الوقف فلا شفعة
للوقف ولا يأخذه المتولي وفي فتاوى ابي الليث وكذلك اذا كانت هذه الدار وقفا على رجل
لا يكون للموقوف عليه حق الشفعة بسبب هذه الدار وفي السراجية رجل له دار في ارض وقف
فلا شفعة له ولو باع هو عمارته فلا شفعة لجاره ايضا وفي التجريد ولو جعل بيتا من داره مسجدا
وافرزه وجعل بابه الى الطريق فبيعت دار الى جنب المسجد لم يكن لمن جعل المسجد ان يأخذها
بالشفعة بمجاورة المسجد وقال محمد اذا اوصى بغلة داره ابدا في المساكين جعلها وقفا فبيعت
دار الى جنبها فلا شفعة لورثة الميت بهذه الدار وما لا يجوز بيعه من العقار كالاوقاف والحانوت
المسبلة فلا شفعة في ذلك عند من يرى جواز بيع الوقف كذا في التاتارخانية فلا شفعة في عرض ومتاع
وفلك لقوله عليه السلام لا شفعة الا في ربع او حائط والربع الدار والحائط البستان واصله ما احاط به
وهو حجة على مالك في ايجابها في السفن او بناء وشجر بيعا بلا عرصة والشجر بدون الارض بخلاف اذا
بيعا مع حق القرار او بيعا تبعا للارض تثبت فيهما الشفعة ولا في ارث وصدقة وهبة بلا عوض
مشروط في العقد يعني لا تثبت الشفعة لان الموهوب لا في العوض ان كان العوض دارا لان كل واحد
منهما هبة مطلقة عن العوض الا انه اثبت منها فامتنع الرجوع ولو كان العوض مشروطا في العقد ففيه
الشفعة لانه بيع انتهاء ولا بد من القبض فانه اذا وهب دارا لرجل على ان يهب له الف درهم فلا شفعة
للشفيع ما لم يتقابضا ولا بد ان لا يكون الموهوب لا عوضه شائعا لانه هبة ابتداء وما بيع بخيار البائع
لا يمنع زوال الملك عن البائع وبقاء حق البائع يمنع عن الشفعة كما في البيع الفاسد فلان يمنع بقاء ملكه
له اولى ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لان البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك
وقيل يشترط الطلب عند وجود البيع لانه هو السبب او ما بيع بيعا فاسدا فقبضه ما لم يسقط حق
الفسخ متعلق بالمسئلتين فان اسقط الخيار وجبت الشفعة لزوال المانع عن الزوال

ولا فيما او ولا شفعة في عقار قسم بين الشركاء
لان في القسمة معنى الافراز او جعل اجرة او بدل خلع او عتق او صلح عن دم عمدا او مهرا لانها ليس باموال
ولا مثل لها حتى يأخذه الشفيع به فلا يمكن مراعاة الشرط وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض
متقومة عنده فيؤخذ بقيمتها عند تعذر الاخذ بمثلها ولنا ان تقوم المنافع ضروري فلا يظهر في حق الشفعة
وكذا الدم والعتق وان كان للوصل بعضه مال عند ابي حنيفة كما اذا تزوجها على دار على ان ترد عليه الفا وعندهما
تجب الشفعة في حصة المال لانه فيها مبادلة مالية وله ان معنى البيع تابع فيه ولهذا ينعقد بلفظ النكاح
ولا شفعة في الاصل فكذا في التبع ولا فيما صولح عنه بانكار او سكوت لانه اذا صالح عنه بانكار بقي الدار
في يده فهو يزعم انها لم تزل عن ملكه وكذا اذا صالح عنه بسكوت لانه يحتمل انه بذل المال افتداء ليمينه وقطعا

لثبوت خصمه كما اذا انكر صريحا بخلاف ما اذا صالح عنه باقرار لانه معترف بالملك للمدعي وانما استفاده
بالصلح فكان مبادلة مالية وتجب فيما صولح عليه باحدهما اي بانكار او سكوت قال في الهداية اما اذا
صالح عليه باقرار او سكوت او انكار وجبت الشفعة في جميع ذلك لانه اخذه عوضا عن حقه اذا لم يكن
من جنسه فيعامل بزعمه ولا فيما سلمت شفعته ثم رد بخيار رؤية ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه
او بخيار شرط او بخيار عيب بقضاء لانه فسخ للبيع وما رد به اي بخيار عيب بلا قضاء او بالاقالة تجب
فيه لانه فسخ في حقهما لولايتهما على انفسهما وقد قصدا الفسخ وهو بيع جديد في حق ثالث لوجود حد
البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي والشفيع ثالث والمراد الرد بالعيب بعد القبض لانه قبله فسخ
من الاصل وان كان بغير قضاء وتجب في العلو وحده وفي السفل بسببه قال في البدائع لو كان لرجل علو
على دار وطريقه فيها وبقية الدار لآخر فباع صاحب العلو العلو بطريقه فالقياس ان لا شفعة في العلو والسفل
لان من شرائط وجوبها ان يكون المبيع عقارا والعلو منقول فلا تجب فيه الشفعة كما في سائر المنقولات
وفي الاستحسان تجب لان العلو في معنى العقار لان حق البناء على السفل حق لازم لا يحتمل البطلان فاشبه
العقار الذي لا يحتمل الهلاك فكان ملحقا بالعقار فيعطى حكمه ولو كان طريق هذا العلو في دار رجل
آخر فبيع العلو فصاحب الدار التي فيها الطريق شريك في الحقوق وصاحب الدار التي عليها العلو جار
والشريك مقدم على الجار فان سلم صاحب الطريق الشفعة فان لم يكن للعلو جار ملازق اخذه صاحب
الدار التي عليها العلو بالجار لانه جاره وان كان للعلو جار ملازق وبين العلو وبينه مسكنه طائفة من الدار فلا
شفعة له لانه ليس بجار ولو بيع صاحب السفل السفل كان صاحب العلو شفيعا لانه جاره وليس
بشريك وهو كدارين متجاورين لاحدهما خشب على حائط الآخر فان صاحب الخشب لا يستحق الا بالجوار
ولا يستحق بالخشب شيئا ولو بيعت الدار التي فيها طريق العلو فصاحب العلو اولى بشفعة الدار من الجار
لانه شريك في الحقوق وكان مقدما على الجار ولو هدم العلو ثم بيع السفل وجبت الشفعة عند ابي يوسف
وعند محمد لا شفعة له ذكره محمد في الزيادات انتهى وتجب فيما بيع بخيار المشتري لانه لا يمنع زوال الملك عن البائع
بالاتفاق والشفعة تبتنى عليه واذا اخذها الشفيع في مدة الخيار وجب البيع وسقط الخيار لعجز
المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لانه ثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وان بيعت دار بجنب
الدار المبيعة بالخيار فالشفعة لمن له الخيار بائعا كان او مشتريا اما البائع فظاهر لبقاء ملكه في التي
يشفع بها فان اخذها بالشفعة كان نقضا للبيع لانه قرر ملكه واقدام البائع على ما يقرر ملكه في مدة الخيار
نقض للبيع لانه لو لم يجعل نقضا لكان اذا اجاز البيع فيها ملكها المشتري من حين العقد حتى يستحق بزوائدها
المتصلة والمنفصلة ولتبين انه اخذها بغير حق وكذا اذا كان الثلجي يدعي المناقضة على ابي حنيفة فان
من اصله ان المشتري بخيار الشرط لا يملك المبيع في مدة خياره واستحقاق الشفعة باعتبار الملك ولهذا
لا يستحق المستأجر والمستعير وكيف للمشتري الشفعة في هذا الدار لكن عذره انه صار احق بها مع خياره
وذلك يكفي للشفعة كالماذون والمكاتب اذا بيعت دار بجنب داره وهكذا ذكره الجبازي نقلا عن المبسوط
ولو كان الخيار لهما لم يثبت الشفعة لاجل خيار البائع لا لاجل خيار المشتري وتكون اجازة من المشتري
يعني اذا اخذ المشتري بخيار الشرط الدار المبيعة بجنب الدار التي اشتراها كان الاخذ منه اجازة للبيع الاول

فقط

فسقط خياره لما ذكرناه في طرف البائع بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره بالاخذ بما بيع
بجنبها بالشفعة لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فكيف بدلالته وشفيع الدار الاولى اخذها منه يعني
فاذا حضر شفيع الدار الاولى التي اشتراها المشتري بشرط الخيار فللشفيع ان يأخذها لا الاخذ الثانية التي اخذها
المشتري بطريق الشفعة لانعدام ملكه في الاولى حين بيعت الثانية وان بيعت دار بجنب الدار المبيعة
بيعا فاسدا بيعا ابتداء لا انتهاء اذا كان بعد انعقاده صحيحا فحق الشفعة باق على حاله الا يرى ان النصراني
اذا اشترى من نصراني دارا بخمر فلم يتقابضا حتى اسلما او اسلم احدهما او قبض الدار ولم يقبض الخمر فانه فاسد
البيع وحق الشفيع في الشفعة باق لان فساده بعد وقوعه صحيحا فشفيعها البائع ان بيعت الدار المشفوعة
قبل قبض المشتري لبقاء ملك البائع فاذا قبض قبل الحكم له اي للبائع بها اي بالشفعة تبطل شفعته كما اذا باع
بيعا صحيحا بخلاف ما اذا اسلمها البائع بعد الحكم له بها لان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة
ليس بشرط فتبقى المأخوذة بالشفعة على ملكه وان بيعت الدار بعد قبض المشتري فالشفعة للمشتري
لان الملك له فان استرد البائع منه اي من المشتري المبيعة بالبيع الفاسد قبل الحكم له بالشفعة بطلت شفعته
اي شفعة المشتري لانقطاع ملكه عما استحقها به قبل الحكم بها ولا تثبت الشفعة للبائع لانه لم يكن في وقت
بيع المشفوع جارا فان استردها بعد الحكم بها بقيت الثانية لما بينا ان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد
الحكم بالشفعة ليس بشرط والمسلم والذمي في الشفعة سواء عندنا وقال ابن ابي ليلى الشفعة رفق شرعي
فلا يستحقه من ينكره وهو الكافر ولنا ان العمومات من غير فصل والاستواء في السبب والحكمة وهي دفع ضرر سوء الجار
يقتضي الاستواء في الاستحقاق ولهذا قلنا يستوي فيه الذكر والانثى والصغير والكبير وقال لا شفعة للصغير
لانه لا يتضرر بسوء المجاورة قلنا انه لم يتضرر في الحال يتضرر في المال ويستوي الباغي والعادل وكذا الحر والعبد
المأذون والمكاتب ولو في بيع السيد كالعكس كما سيأتي فاذا كان البائع غير المولى فللعبد المأذون الشفعة
مديونا كان او لا وان كان هو المولى فان كان عليه دين فله ذلك الا فلا وهذا لان الاخذ بالشفعة
بمنزلة الشراء وشراء العبد المديون من المولى جائز دون غيره فصل فيما يبطل به الشفعة تأخير
البطلان عن الثبوت مما لا يحتاج الى بيان وجه اعلم ان تسليم الشفعة قبل البيع لا يصح وبعده يصح علم
الشفيع بوجوب الشفعة او لم يعلم وعلم من اسقط اليه هذا الحق او لم يعلم لان تسليم الشفعة اسقاط
حق وبهذا يصح من غير قبول ولا يرتد بالرد واسقاط الحق يعتمد وجوب الحق دون علم المسقط والمسقط
اليه كالطلاق والعتاق كذا في العناية وتبطل الشفعة بتسليم الكل لانه صريح في الاسقاط او البعض
لان حق الشفعة لا يتجزى ثبوتا لانه يملكه كما ملكه المشتري والمشتري لا يملك البعض لانه تفريق الصفقة
ولا يتجزى اسقاطا فيكون ذكر بعضه كذكر كله ولو من الوكيل يعني ان الوكيل بطلب الشفعة يصح
تسليمه عنده اذا كان في مجلس القاضي وعند ابي يوسف يصح مطلقا وعند محمد وزفر لا يصح تسليمه اصلا
لانه اتى بضد ما امر به ولهما انه لو وكل بالشراء لان الاخذ بها شراء والوكيل بالشراء له ان لا يشتري غير
ان ابا يوسف يقول هو وكيل مطلقا فينفذ تصرفه مطلقا وابا حنيفة يقول انه وكيل بالخصومة
ولا يعتبر بخصومته الا في مجلس القاضي وتبطل بترك طلب المواثبة بان لا يطلب في مجلس اخبر فيه
بالبيع مع القدرة عليه لاعراضه عنه او بترك طلب التقرير وقد مر وبالصلح عن الشفعة على عوض

لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل لانه مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه وعليه رده اي العوض
لان حق الشفعة اسقاط لا يتعلق بالجائز من الشرط توضيحه ان الشرط الملائم وهو ان تعلق اسقاط بشرط
ليس فيه ذكر المال مثل قول الشفيع للمشتري سلمتك شفعة هذه الدار ان اجرتنيها او اعرتنيها فبالفاسد
وهو ما ذكر فيه المال اولى والفاصل بين الملائم وغيره ان كان فيه توقع الانتفاع بمنافع المشفوع كالاجارة
والاعارة والتولية ونحوها فهو ملائم لان الاخذ بالشفعة يستلزم وما لم يكن فيه ذلك كاخذ العوض فهو غير
ملائم لانه اعراض عن لازم الاخذ واذا لم يتعلق بالشرط وقد وجد الاسقاط بطل الشرط وصح الاسقاط ثم
الصلح اذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة وذكر على وجهين احدهما ان يصالحهم على اخذ نصف
الدار بنصف الثمن وفيه الصلح جائز لفقد الاعراض والثاني ان يصالحهم على اخذ بيت بعينه من الدار بحصته
من الثمن والصلح فيه لا يجوز لان الحصة مجهولة وله الشفعة لفقد الاعراض وكذا لو باع شفعته بمال
يعني انها تبطل لما بينا ان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل حتى يصح الاعتياض عنه فكان اعراضا
وكذا لو قال للمخيرة اختاري بالف او قال العنين لامرأته ذلك فاختارت بطل خيارها يعني ونظيره اذا قال
الزوج للمخيرة اختاري بالف وقال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت المخيرة الزوج
وامرأة العنين ترك الفسخ سقط الخيار ولا يجب العوض لانه مالك لبضعها قبل اختيارها وبعده
على وجه واحد فكان اخذ العوض اكل مال بالباطل وهو لا يجوز والكفالة بالنفس في بطلان الكفالة
والعوض بمنزلة الشفعة في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة والصلح من رواية ابي حفص قيل وعليه
الفتوى ووجهه ان حق الكفيل في الطلب وهو فعل فلا يصح الاعتياض عنه وفي رواية كتاب الصلح
من رواية ابي سليمان لا تبطل الكفالة ولا يجب المال والفرق بينها وبين الشفعة ان الكفالة لا يسقط
الا بتمام الرضا ولهذا لا تسقط بالسكوت وتمام الرضا انما يتحقق اذا وجب المال فاما حق الشفعة
فليس كذلك لانه يسقط بالسكوت بعد العلم وتبطل الشفعة ببيع ما يشفع به بيعا باتا قبل
الحكم له بها لزوال السبب وهو الاتصال بالملك قبل التملك ولهذا يزول بالبيع وان لم يعلم الشفيع بشراء
المشفوعة لان العلم بالمسقط ليس بشرط لصحة الاسقاط كما اذا سلم صريحا او ابرأ عن الدين ولا يعلم
ان له دينا عليه وطولب بالفرق بينهما وبين ما اذا ساوم الشفيع المشفوعة من المشتري او استاجرها
منه فانه ان علم بالشراء سقطت والا فلا واجيب بان المساومة والاجارة لم يوضعا للتسليم وانما سقط
بها لدلالتهما على رضا الشفيع والرضا بدون العلم غير متحقق بخلاف التسليم الصريح والابراء وتبطل
بموت الشفيع فاذا طلب الشفيع الشفعة واثبتها بطلبين ثم مات قبل الاخذ فاما ان يكون موته
قبل قضاء القاضي بالشفعة او تسليم المشتري عليه او بعد ذلك فان كان الاول بطلت شفعته
ليس لورثته ان يأخذوها وان كان الثاني فلهم ذلك وقال الشافعي في الاول كذلك بناء على اصله ان الحقوق
اللازمة تنتقل الى الورثة سواء كانت مما يعوض عنها او لم يكن لان الوارث يقوم مقام المورث لكون
حاجته كحاجته وقلنا الشفعة بالملك وقد زال بالموت والذي يثبت للوارث حادث بعد البيع
وهو غير معتبر لانتفاء شرطه وهو قيامه وقت البيع وبقاؤه الى وقت القضاء ولهذا لو ازال
باختياره بان باع سقط وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط فان الثابت للشفيع حق ان يتملك

وبخيار

وبخيار بين الاخذ والترك لا تبطل بموت المشتري لبقاء المستحق ولا يقدم دين المشتري ووصيته
على حق الشفيع فلا يباع الدار في دين المشتري ووصيته لان حق الشفيع مقدم على حق المشتري وكان
مقدما على حق من يثبت حقه من جهته ايضا وهو الغريم والموصى له فان باعها القاضي او وصيه في دين الميت
فللشفيع ان ينقضه كما لو باعها المشتري في حيوته ولا شفعة لمن باع عقارا هو شفيعه كالوكيل بالبيع
او ابيع له كرب المال فاذا باع المضارب دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له لانه سعى في نقض ما تم
من جهته وهو البيع وهو مردود او ضمن الدرك يعني لو ضمن المشتري الدرك رجلا عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له
لان تمام البيع انما كان من جهته حيث لم يرض المشتري الا بضمانه فكان الاخذ بالشفعة سعيا في نقض ما تم من
جهته او ساوم المشتري بيعا او اجارة لما ذكرنا وتجب لمن ابتاع او اشترى كوكيل المشتري او ابتيع له او اشتري
له كالموكل بالشراء لان الاخذ بالشفعة كالشراء في كونه رغبة في المشفوعة والشفعة انما تبطل بالرغبة عنها
ولو قيل للشفيع انها بيعت بالف فسلم الشفعة ثم بان اي ظهر انها بيعت باقل منها او بيعت بكيلي او وزني
او عددي متقارب قيمته الف او اكثر منها فله الشفعة اما الاول فلانه انما سلم استكثارا للثمن المذكور
فاذا ظهر اقل منه بطل تسليمه واما الثاني والثالث فلاحتمال تعذر الدراهم عليه وتيسر ما بيع به من المكيل او الموزون
وكذلك العددي المتقارب سواء كانت قيمته الفا او اقل او اكثر لان الواجب المثل ولو بان انها بيعت بعرض
قيمته الف او اكثر او بدنانير قيمتها الف فلا شفعة له لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم او دنانير فصار
كما لو قيل بيعت بالف فسلم ثم ظهر اكثر من ذلك ولو كان قيمته اقل من ذلك لم يصح التسليم وقال زفر واذا
ظهر انها بيعت بدنانير قيمتها الف او اكثر له الشفعة لاختلاف الجنس ولهذا حل التفاضل بينهما ولنا
انهما جنس واحد في حق المقصود وهو الثمنية ومبادلة احدهما بالآخر متيسرة عادة ولو قيل له انها
بيعت بجارية ثم تبين انها بيعت بعبد او عرض آخر ينظر ان كانت قيمة العبد او العرض مثل قيمة
الجارية او اكثر بطلت وان كانت اقل لم تبطل لان الواجب القيمة ذكره الاختيار ولو قيل له ان
المشتري فلان فسلم فبان انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار فالرضا بجوار شخص قد لا يكون رضا
بجوار غيره ولو بان انه هو مع غيره له الشفعة في حصة الغير لان التسليم لم يوجد في حقه ولو بلغه بيع
النصف فسلم فظهر بيع الكل فله الشفعة لان التسليم لضرر الشركة ولا شركة وفي عكسه لا شفعة
في ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف عكس هذا لانه قد يتمكن من تحصيل ثمن النصف دون الجميع
وقد يكون حاجته الى النصف لتتميم مرافق ملكه ولا يحتاج الى الجميع ووجه الظاهر ان التسليم في الكل
تسليم في ابعاضه وان باعها الا ذراعا من طول جانب الشفيع فلا شفعة له لانقطاع الجوار وهذه حيلة
وكذا اذا وهب منه هذا المقدار وسلم اليه وان شرى منها سهما بثمن ثم شرى باقيها فالشفعة في
السهم وهذه حيلة اخرى وهو ان يبيع السهم الاول بثمن كثير والباقي بثمن قليل فهذه الحيلة ترجع
الى تقليل رغبة الشفيع في الشفعة والاولى ترجع الى ابطال حق الشفعة فقط اي لا شفعة في الباقي لان
الشفيع جار فيها الا ان المشتري في الثاني شريك لانه حين اشترى الباقي كان شريكا بشراء الجزء الاول
واستحقاق الشفيع الجزء الاول لا يبطل شفعة المشتري للجزء الآخر قبل الخصومة لكونه في ملكه بعد
فيتقدم على الجار وان ابتاع الدار بثمن ثم دفع عنه ثوبا يعني دفع اليه ثوبا عوضا عن الثمن المسمى

اخذها الشفيع بالثمن المسمى لا بقيمة الثوب لانه عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار ومنها حيلة اخرى تعم
بجوار والشريك فيباع باضعاف قيمته ويعطى بها ثوبا بقدر قيمته الآن فيها وهم وقوع الضرر على البائع
على تقدير ظهور مستحق يستحق الدار لانه يبقى كل الثمن على مشترى الثوب فهو باع الدار فينتظر رجوع
مشترى الدار عليه بكل الثمن الذى هو اضعاف قيمة الدار والاوجه انه اذا اراد ان يبيع الدار بعشرة الاف
درهم يبيعها بعشرين الفا ثم يقبض تسعة آلاف وخمسمائة ويقبض البائع عشرة دنانير مثلا فلو اراد
الشفيع ان ياخذها بعشرين الفا فلا يرغب فى الشفعة ولو استحقت الدار على المشترى لا يرجع المشترى بعشرين
الفا وانما يرجع بما اعطاه لانه اذا استحقت الدار ظهر انه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف كما لو باع الدينار
بالدراهم التى للمشترى على البائع ثم تصادقا انه لم يكن عليه دين فانه تبطل الصرف كذا فى العناية ولا تكره
الحيلة فى اسقاطها اى الشفعة عند ابى يوسف وبه يفتى اذا كانت قبل وجوبها اى ثبوتها اعلم ان
الحيلة فى هذا الباب اما ان تكون للرفع بعد الوجوب او لدفعه فالاول مثل ان يقول المشترى للشفيع انا
ابيعها منك بما اخذت فلا فائدة لك فى الاخذ فيقول الشفيع نعم او يقول له صالحتك على كذا درهما
على ان تسلم لى شفعتك او يقول للشفيع المشترى اشترها منى بما اخذت فيقول الشفيع او نحو ذلك صالحت
تسقط به الشفعة وهذا مكروه بالاجماع ذكره شيخ الاسلام وذكر شمس الائمة انه لا يكره اذا لم يكن قصد المشترى
الاضرار بالشفيع وفى الينابيع وقيل لا خلاف قبل البيع اما بعده فمكروه بالاجماع وهو الاصح والثانى كان
يقول اعرتكها او آجرتكها باجرة قليلة فيقول نعم اعرنى او آجرنى بطلت الشفعة وعند محمد تكره ذكر فى المحيط ان
الحيلة لابطالها لمنع وجوبه فقد اختلف المشايخ بعضهم قالوا على قول ابى يوسف لا تكره وعلى قول محمد تكره
وفى الذخيرة ومنهم من قال فى الشفعة لا تكره الحيلة لمنع وجوبها بلا خلاف وفى الخلاصة الحيلة لابطال الشفعة بعد
الثبوت تكره بالاتفاق وان كانت قبل الثبوت لا بأس بها سواء كان الشفيع عدلا او فاسقا لانه
ليس بابطال هو المختار وعلى هذا الحيلة فى منع الزكوة والحيلة لدفع الربوا قال فى المحيط فى المنتقى قال هشام
سألت محمدا عن رجل جعل بيتا من داره هبة لرجل ثم باع بقية الدار منه هربا عن الشفعة قال كان
ابو يوسف لا يرى بذلك بأسا واما محمد فكرهه كراهة شديدة ولم يحفظ عنه عن ابى ح فيه شيأ كذا
فى التاتارخانية لمحمد ان شرع الحيلة يؤدى الى سد باب الشفعة وفيه ابطال هذا الحق اصلا ورأسا
ولابى يوسف ان الحيلة قبل الوجوب منع عن الوجوب لمباشرة سبب الامتناع شرعا وهذا جائز كالشراء
والهبة وسائر التمليكات فان الشراء يمنع حدوث الملك للبائع فى المبيع بمباشرة سبب الامتناع
شرعا وكذلك الهبة والصدقة من التمليكات وقد اجاب عن قول محمد ان هذا ابطال الحق الشفعة
لا ابطال الشئ يكون بعد ثبوته والحق هاهنا لم يثبت بعد فلا تكون الحيلة ابطالا بل هى منع من الثبوت
بمباشرة الامتناع شرعا وانه جائز وما ذكره ابو يوسف هو الحكم المروى وما ذكره محمد احتياط والاصل
فى شرع الحيلة قوله تعالى فى قصة ايوب صلى الله على نبينا وعليه وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث
الآية والله اعلم كذا فى البدايع وللشفيع اخذ حصة بعض المشترين كما اذا اشترى خمسة نفر دارا
فللشفيع ان ياخذ نصيب احدهم لا اخذ حصة بعض البائعين كما اذا باع الشركاء فليس للشفيع
الا الاخذ كلها او تركها والفرق ان فى الثانى باخذ البعض تتفرق الصفقة على المشترى فيتضرر بتفرق الصفقة عليه

زيادة

زيادة الضرر الى ضرر التنقيص فان اخذ الملك منه ضرر وضرر التنقيص زيادة على ذلك والشفعة
شرعت لدفع ضرر الدخيل فلا تشرع على وجه يتضرر الدخيل ضررا زائدا وفى الاول يقوم الشفيع
مقام احدهما فلا تتفرق الصفقة ولا فرق فى هذا بينهما اذا كان قبل قبض المشترى الدار او بعده
هو الصحيح الا ان قبل القبض لا يمكنه اخذ نصيب احدهم اذا نقد ما عليه ما لم ينقد الآخر حصته كيلا يؤدى
الى تفريق اليد على البائع بمنزلة احد المشترين فان احدهم اذا نقد ما عليه من الثمن ليس له ان يقبض
نصيبه من الدار حتى يؤدى كلهم جميع ما عليهم من الثمن بخلاف ما بعد القبض لانه سقطت يد البائع وسواء
سمى لكل بعض ثمنا او كان الثمن جملة لان العبرة فى هذا لتفريق الصفقة لا للثمن حتى لو تفرقت
الصفقة من الابتداء فيما اذا كان المشترى واحدا والبائع اثنين واشترى نصيب كل واحد منهما
بصفقة على حدة كان للشفيع ان ياخذ نصيب احدهما وان لحق المشترى ضرر عيب الشركة لانه
رضى بهذا العيب حيث اشترى كذلك وللجار اخذ بعض مشاع بيع نقسم وان كان للوصل وقع فى غير جانبه
يعنى لو اشترى نصف دار غير مقسومة فقاسم البائع اخذ الشفيع النصف الذى صار للمشترى
او ترك وليس له ان ينقض القسمة بان يقول للمشترى ادفع الى البائع حتى آخذ منه سواء كانت
القسمة بحكم او بغيره لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض فى الهبة
بالقسمة والشفيع لا ينقض القبض ليعيد الدار الى البائع وان كان له فيه نفع بعود العهدة على
البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم
المشترى الشريك الذى لم يبع نصيبه فان للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذى قاسم فانه لم تجر
بين المتعاقدين فلم تكن القسمة من تمام القبض الذى هو حكم البيع بل هو تصرف بحكم الملك فكان به
مبادلة وللشفيع ان ينقض المبادلة كالبيع وغيره من التصرف كالهبة واطلاق الجواب فى الجامع
الصغير وهو قوله اخذ الشفيع النصف الذى صار للمشترى يدل على ان الشفيع ياخذ النصف الذى
صار للمشترى فى اى جانب كان وهو رواية عن ابى يوسف وللعبد المأذون المديون الشفعة فى مبيع سيده
وبالعكس اى وللسيد الشفعة فى مبيع مأذونه المديون وقد مر قبيل الفصل وصح تسليم الاب والوصى
شفعة الصغير خلافا لمحمد فيما بيع بقيمته او اقل وفوضه اى قول محمد رواية عن الامام ابى حنيفة فى الاكثر
الذى لا يتغابن فيه اعلم ان الحمل والصغير فى استحقاق الشفعة كالكبير لاستوائهم فى سببه فيقوم
بالطلب والاخذ من يقوم مقامه شرعا فى استيفاء حقوقه وهو الاب ثم وصيه ثم جده ابو ابيه ثم وصيه
ثم الوصى الذى نصبه القاضى فان لم يكن احد هؤلاء فهو على شفعته اذا ادرك فان ترك هؤلاء الطلب مع الامكان
او سلم بعد الطلب سقطت عند ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد وزفر هو على شفعته اذا بلغ لانه حق
ثابت للصغير فلا يملك ابطاله كديته وقوده ذكره فى الهداية قال فى المبسوط كالابراء عن الديون
والعفو عن القصاص الواجب له ولانه شرع لدفع الضرر وفى ابطاله اضرار به ولابى حنيفة وابى يوسف
انه فى معنى التجارة لانه تملك العين فيملكانه يوضحه انه لو اخذ الولى بالشفعة وباعها من اجنبى جاز فكذا
اذا اسلمها اليه بل اولى لسلامته عن توجه العهدة بخلاف البيع منه الا ترى ان من اوجب بيعا للصبى
صح رده من الاب والوصى ولانه دائر بين النفع والضرر وقد يكون النظر فى تركه ليبقى الثمن على ملكه بخلاف

الدية والقود فاذا تركهما ترك بلا عوض فيكون اضرارا به وسكوتهما كابطالهما لكونه دليل الاعراض وهذا اذا
بيعت بمثل قيمتها والغبن اليسير من المثل فان بيعت باكثر من قيمتها بغبن فاحش فقيل جاز التسليم
كالاجنبي من غير خلاف لمحمد وزفر لانه محض نظر وقيل لا يصح بالاتفاق وهو الاصح لانه لا يملك الاخذ
فلا يملك التسليم كالاجنبي فيكون الصبي على حقه اذا بلغ واذا بيعت باقل من قيمتها بمحاباة كثيرة فعن
ابي حنيفة لا يصح التسليم منهما واذا لم يصح عنده لا يصح عند محمد وزفر ايضا لانهما لم يريا تسليمهما اذا بيعت
بمثل الثمن فلان لا يريا اذا بيعت باقل بمحاباة كثيرة اولى كذا في العناية

كتاب القسمة

اورد القسمة عقيب الشفعة [illegible] لان كلا منهما من نتائج النصيب
الشائع فان احد الشريكين اذا اراد الافتراق مع بقاء ملكه يطلب القسمة ومع عدمه باع ووجب
عنده الشفعة وقدم الشفعة لان بقاء ما كان على ما كان اصل هي في اللغة اسم للاقتسام كالقدوة
للاقتداء وفي الشرع جمع نصيب شائع في مكان معين وسببها طلب احد الشركاء الانتفاع بنصيبه
لا تغييره لحصول تمييز قبل
على الخلوص وركنها الفعل الذي يحصل به الافراز والتمييز بين النصيبين كالكيل في المكيلات
والوزن في الموزونات والذرع في المذروعات والعد في العدديات وشرطها ان لا يفوت منفعته بالقسمة
ولهذا لا يقسم الحائط والحمام ونحوهما وحكمها تعيين نصيب كل واحد منهم من نصيب صاحبه
بحيث لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب صاحبه وهي مشروعة في الاعيان المشتركة لان النبي عليه السلام
باشرها في المغانم والمواريث وغير ذلك وجرى التوارث بها من غير نكير وتشتمل على معنى الافراز والمبادلة
في جميع الصور سواء كانت في ذوات الامثال او في غير ذوات الامثال لان ما يجتمع لاحدهما كان بعضه له
وبعضه لصاحبه وهو يأخذ عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه ولكن معنى الافراز وهو ان يقبضه
بعين حقه اغلب في المثليات لعدم التفاوت فان كل ما اخذ احدهما من نصيبه مثل ما ترك عليه بتعيين
فاخذ مثل حقه بتعيين بمنزلة اخذ العين الا يرى ان اخذ المثل في العوض جعل كاخذ العين فجعل
العوض لذلك بمنزلة العارية فكان الافراز فيها اظهر لا محالة فيأخذ الشريك حظه منها حال
غيبة صاحبه ولو اشترياه فاقتسماه فلكل واحد منهما ان يبيع حصته مرابحة بحصة ثمنه لكونه
عين حقه ومعنى المبادلة اغلب في غيرها اي في غير المثليات فلا يأخذه ولا يبيع مرابحة بعد الشراء والقسمة
ففي كل موضع يمكن العمل بشبه الافراز والمبادلة يعمل بهما وفي كل موضع لا يمكن العمل بالشبهين
يعمل في ذوات الامثال بشبه الافراز وفي غيرها بشبه المبادلة وفي الكفاية انها لا تنفك عن معنى المبادلة
والافراز الا ان معنى الافراز والتمييز في المكيلات والموزونات والعدديات المتقارب اظهر ويجبر عليها يعني
يجبر القاضي الآبي عن القسمة عليها فيه اي في غير المثليات بطلب الشريك في متحد الجنس كالابل والبقر
والغنم تتميما للمنفعة وتكميلا لثمرة الملك فان الطالب يسأل القاضي ان يخصه بنصيبه ويمنع غيره من الانتفاع
به ويجيبه القاضي الى ذلك لانه نصب للمصالح ودفع المظالم والاجبار على المبادلة جائز اذا تعلق به حق الغير
وذلك لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد ولا منافاة بين الجبر والمبادلة لانها مما يجري فيه الجبر كما في
المشتري مع الشفيع وفي المديون مع الداين فان المديون يجبر على قضاء الدين والديون تقضى
بامثالها فصار ما يؤدي بدلا عما في ذمته وهذا جبر في المبادلة قصدا وقد جاز فلان يجوز بلا قصد اليه اولى

فيها

فيها القصد الى الانتفاع بنصيبه على الخلوص دون الاجبار على غيره لتكثر الجهالة لا في غيره اي لا في غير متحد
الجنس كالحيوان مع العقار والبقر مع الخيل ونحو ذلك فلا يجبر القاضي الآبي على قسمتها لتعذر المبادلة باعتبار
فحش التفاوت في المقاصد وكذلك الثياب اذا اختلف اجناسها والثوبان اذا اختلف قيمتهما ولو
تراضوا على القسمة جاز لانها في مختلف الجنس مبادلة كالتجارة والتراضي شرط بالنص كذا في العناية
والاختيار وندب للقاضي نصب قاسم اعلم انه يجوز للقاضي ان يقسم بنفسه ويأخذ على ذلك من المتقاسمين
اجرا لكن الاولى ان لا يأخذ وهذا لان القسمة ليست بقضاء على الحقيقة حتى لا يفترض على القاضي مباشرتها
وانما الذي يفترض عليه جبر الآبي على القسمة الا ان لها شبها بالقضاء من حيث انها تستفاد بولاية القضاء
فان الاجنبي لا يقدر على الجبر فمن حيث انها ليست بقضاء جاز اخذ الاجر عليها ومن حيث انها تشبه
القضاء يستحب ان لا يأخذ كذا في العناية رزقه في بيت المال ليقسم بين الناس بلا اجر لان القسمة
من جنس عمل القضاء من حيث انه يتم به قطع المنازعة فاشبه رزق القاضي فان قلت وجب
ان لا يكون له اخذ الاجرة كالقاضي لا يكون له اخذ الاجرة وان لم يكن رزق في بيت المال قلنا القضاء قربة
وطاعة فلا يجوز اخذ الاجرة عليه كتعليم القرآن والفقه بخلاف القسمة كذا في الخبازية وقد نقلنا في كتاب
القضاء عن الخلاصة والقنية ما يناسب هذا المقام فتذكر فان لم يفعل اي فان لم ينصب القاضي قاسما رزقا
منه نصب قاسما يقسم باجر يقدره له القاضي كيلا يتحكم بالزيادة عليهم وهو اي الاجر على عدد الرؤس
وعندهما على قدر السهام لان الاجر مؤنة الملك فيقدر بقدره كاجرة الكيال والوزان وحفر البئر
المشتركة ونفقة المملوك المشترك وله انه جزاء عمله وهو التمييز والافراز وانه لا يتفاوت فيستوي
القليل والكثير تحقيقه ان القاسم لا يستحق الاجر بالمساحة ومد الاطناب والمشي على الحدود حتى لو استعان
في ذلك بارباب الملك يستوجب كل الاجر اذا قسم بنفسه وميز فدل على ان الاجر مقابلة بالقسمة وربما يصعب
حساب يكثر عمله بالنظر الى القليل لان الحساب ربما يدق بتفاوت الانصباء الا عند استوائها وربما يزداد دقة
بقلة الانصباء فلقلة تمييز صاحب القليل اشق ويجوز ان يعسر عليه تمييز نصيب صاحب الكثير لكسور وقعت
فيه فيتعذر اعتبار الكثرة والقلة فيتعلق الحكم باصل التمييز بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل بنقل التراب
وهو يتفاوت ونفقة المملوك لابقاء الملك وحاجة صاحب الكثير اكثر واجرة الكيل والوزن على قدر
السهام اجماعا ان لم يكن اي الكيل او الوزن للقسمة بان اشتريا مكيلا او موزونا وامرا انسانا
بكيله او وزنه ليصير الكل معلوم القدر وان كان الكيل او الوزن للقسمة فعلى الخلاف الذي بينا والاصح
ان قوله فيها كقولهم هكذا ذكره في التاتارخانية نقلا عن الظهيرية وقال القهستاني والاصح ان اجر الكيل والوزن
على قدر الانصباء بلا خلاف كما في المبسوط انتهى وقال في الاختيار بخلاف الكيل والوزن لانه اجر عمله ولو
استعان في ذلك بارباب الملك لا اجر له وكيل الكثير اكثر من كيل القليل قطعا وروي عن ابي حنيفة انه
ان الاجر كله على الطالب لانه هو المنتفع به دون الممتنع لتضرره ويجب كونه اي القاسم عدلا لانه لا اعتماد
على قوله الا بالعدالة امينا اذ لا اعتماد على فعله الا بالامانة عالما بالقسمة لما مر انها من جنس عمل القضاء
كما في الهداية وفي التعليل اشعار بان العدالة ونحوها غير واجبة كما في القضاء على ما ذكره غيره فالمراد بالوجوب
الوجوب العرفي الذي في كل شيء مرجعه الى الاولوية كما اشار اليه الاختيار وخزانة المفتين كذا في القهستاني

ولا يجبر الناس على قاسم واحد يعني اذا لم يقدر اجره لئلا يتحكم بالزيادة على اجر مثله او المعنى لا يجبرهم على ان
يستأجروه لانه لا جبر في العقود ولا يشترك القسام لئلا يشتركوا كيلا تصير الاجرة غالية بتواكلهم وعند
عدم الشركة يتبادر كل واحد منهم اليه خيفة الفوت بسبوح غيره فيرخص الاجر وصح الاقتسام
بانفسهم بلا امر القاضي يعني اذا اقتسم الشركاء باصطلاحهم من غير رفع الامر الى القاضي صح لما في القسمة من
معنى المعاوضة فيثبت بالتراضي كما في سائر المعاوضات لكن لا يلزم عند صغر احدهم او جنونه فانه في لزومه
لا بد من امر القاضي كذا في ايضاح ابن كمال وحينئذ يقسم على الصبي وليه او وصيه فان لم يكن للصبي ولي ولا
وصي فلا بد من امر القاضي لقصوره لانه لا نظر له فيقسم القاضي بنفسه او ينصب قاسما يقسم على الصبي فروع
قسمة الاب على الصبي والمعتوه جائز في كل شيء اذا لم يكن فيها غبن فاحش ووصي الاب في ذلك قائم مقام
الاب بعد موته وكذا الجد ابو الاب اذا لم يكن هناك وصي الاب ولا يجوز قسمة وصي الام فيما تركت اذا لم يكن
احد من هؤلاء فيما سوى العقار لانه قائم مقام الاب وتصرفها فيما هو ملك لولدها الصغير صحيح بالبيع فيما سوى
العقار فكذلك في القسمة ولا يجوز قسمة الام والاخ والعم والزوج على امرأته الصغيرة والكبير الغائب
وان لم يكن لاحد منهم اب ولا وصي اب ليس لوصي ام ولاية القسمة على الصغير في غير ما تركت الام ويجوز قسمة
وصي الاب على الابن الكبير الغائب فيما سوى العقار لانه قائم مقام الاب فيما يرجع الى الحفظ وبيع ما سوى العقار
من الحفظ ولا يجوز قسمة الملتقط ولا قسمة المملوك على ولده الحر والمعتوه بمنزلة الصغير اما المبرسم والمغمى عليه
والذي يجن ويفيق لا يجوز عليهم قسمة احد الا برضاهم او بوكالة في حال الافاقة والذي جعله القاضي وصيا
لليتيم فهو بمنزلة وصي الاب اذا جعله وصيا في كل شيء وان جعله القاضي وصيا في شيء خاص كالانفاق
او حفظ ماله لا يجوز قسمته لان نصب القاضي اياه وصيا قضاء والقضاء يقبل التخصيص بخلاف
وصي الاب في شيء خاص فانه يكون وصيا في جميع الاشياء لانه قائم مقام الاب واذا قاسم الورثة التركة فيما
بينهم بغير امر القاضي وفي الورثة صغير او غائب او شريك للميت لا تصح القسمة الا باجازة الغائب او ولي الصغير
او باجازة الصبي بعد البلوغ او باجازة القاضي قبل البلوغ فان مات الغائب او الوصي قبل الاجازة فاجازت
ورثته نفذت القسمة في قول ابي حنيفة وابي يوسف ولا ينفذ في قول محمد كذا ذكره عصام وان كانت هذه
القسمة بامر القاضي صحت القسمة كذا في قاضي خان ولا يقسم عقار بين الورثة باقرارهم بالارث عن زيد مثلا
ما لم يبرهنوا على الموت اي على موت زيد وعلى عدد الورثة وعندهما يقسم وغير العقار يقسم اجماعا وكذا
العقار المشترى والمذكور مطلقا ملكه فاذا حضر الشركاء عند القاضي وفي ايديهم مال وطلبوا منه قسمته فاما ان
يكون عقارا او غيره فان كان عقارا فاما ان ادعوا انهم ورثوه او اشتروه او سكتوا عن كيفية الانتقال
اليهم فان كان الاول لم يقسمه القاضي حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته عند ابي حنيفة وقالا يقسم باعترافهم
وان كان الثاني يقسم بينهم بالاتفاق وان كان الثالث قسم بينهم على ما نذكر وان كان غير عقار وادعوا انه
ميراث قسم في قولهم جميعا لهما ان الامتناع عن القسمة اما ان يكون لشبهة في الملك او لتهمة في دعواه او
لمنازع للمدعي في دعواه ولا شيء من ذلك بمتحقق لان اليد دليل الملك والاقرار امارة الصدق والفرض عدم
المنازع فيقسم بينهم كما في المنقول والعقار المشترى وطلب البينة ليس بلازم لانها لا تكون الا على منكر ولا
منكر ههنا فلا يفيد الا انه يذكر في الصك الذي يكتبه القاضي انه قسم باعترافهم لئلا يكون عمله متعديا الى غيرهم وله

ان القسمة

وله ان القسمة قضاء على الميت اذ التركة قبل القسمة مبقاة على ملكه حتى لو حدثت الزيادة ينفذ وصاياه
فيها ويقضي ديونه منها وعن هذا قال اذا اوصى بجارية لانسان فولدت قبل القسمة ينفذ الوصية
فيهما بقدر الثلث كانه اوصى بهما بخلاف ما بعد القسمة فان الزيادة للموصى له فدل ان التركة مبقاة على
ملك الميت فكانت القسمة قضاء على الميت فلا بد له من حجة وهي اما اقرار الورثة او بينتهم واقرارهم
ليس بحجة على الميت فلا بد من البينة بخلاف المنقول لان في القسمة نظرا للحاجة الى الحفظ اما العقار
فمحفوظ بنفسه ولان المنقول مضمون على من وقع في يده بعد القسمة ففي القسمة جعله مضمونا ففيه نظر
للميت بخلاف العقار عند ابي حنيفة فانه لا يصير مضمونا على من وقع في يده عنده وكذا العقار المشترى هذا
على ظاهر الرواية وقد روي عن ابي حنيفة في غير رواية الاصول ان القاضي لا يقسم بينهم وسوى بين
الشراء والميراث وجه الظاهر ان المبيع العقار لا يبقى على ملك البائع وان لم يقسم فلم يكن القسمة
قضاء على الغير وكذا المذكور مطلقا ملكه يعني ان ادعوا الملك ولم يذكروا كيفية انتقاله اليهم قسم بينهم لانه ليس
في القسمة قضاء على الغير فانهم ما اقروا بالملك لغيرهم وان برهنا ان العقار في ايديهما لا يقسم حتى يبرهنا
انه لهما لاحتمال ان يكون ما في ايديهما ملكا لغيرهما فانهما لما لم يذكرا السبب احتمل ان يكون ميراثا فيكون ملكا
للغير وان يكون مشترى فيكون ملكا لهما لان الاصل ان يكون الاملاك في يد ملاكها فلا يقسم احتياطا قيل
هذا قول ابي حنيفة خاصة وعندهما يقسم بينهما لانهما يقسمان في الميراث بلا بينة ففي هذا اولى وقيل
قول الكل وهو الاصح لان القسمة نوعان قسمة لحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة لحق اليد للحفظ
والصيانة والحفظ في العقار غير محتاج اليه فتعين قسمة الملك وقسمة الملك تفتقر الى قيام الملك ولا ملك بدون
البينة فامتنع الجواز ولو برهنوا على الموت وعدد الورثة والعقار في ايديهم ومعهم وارث غائب
او صبي قسم يعني قسم القاضي العقار بينهم بطلب الحاضرين القسمة ونصب وكيلا او وصيا لقبض حصة
الغائب لان فيه نظرا للغائب والصبي لظهور نصيبهما في يد الغير ولا بد من اقامة البينة فيما اذا كان معهم
صبي كما اذا كان معهم غائب خلافا لهما ولو كان العقار في يد الغائب او شيء منه او في يد مودعه او
في يد الصغير لا يقسم لان القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما وامين
الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه والقضاء من غير خصم لا يجوز ولا فرق في هذا الفصل بين اقامة البينة
وعدمها هو الصحيح كذا في الهداية وشروحها وكذا لو حضر وارث واحد يعني لا يقسم وان اقام البينة لانه لا بد
من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما وكذا مقاسما ومقاسما بخلاف ما اذا كان الحاضر
اثنين ولو كان الحاضر كبيرا وصغيرا نصب القاضي عن الصغير وقسم اذا اقيمت البينة وكذا اذا حضر وارث
كبير وموصى له بالثلث فيها وطلبا القسمة واقاما البينة على الميراث والوصية تقسم لاجتماع الخصمين
الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه فكذا الوصي عن الصبي كانه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه او كانوا
مشترين وغاب احدهم يعني لا يقسم الا بحضرة الجميع والفرق ان ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد
بالعيب ويرد عليه بالعيب فيما اشتراه المورث او باع ويصير مغرورا بشراء المورث فانتصب احدهما
خصما عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين اما الملك الثابت بالشراء
ملك مبتدأ ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فافترقا واذا انتفع كل واحد

من الشركاء بنصيبه بعد القسمة قسم يعني اجبر القاضي على القسمة من ابى بطلب احدهم لان القسمة حق لازم
فيما يحتملها عند طلب احدهم وان تضرر الكل بان كان المشترك بينهما بيتا صغيرا او حماما او بئرا او حائطا او رحى
او نحو ذلك مما يحتاج في قسمته الى كسر او شق او قطع لا يقسم الا برضاهم لان الجبر على القسمة لتكميل
المنفعة وفي هذا تفويتها ويقسم بتراضيهم لان الحق لهم وهم اعرف بشأنهم اما القاضي فيعتمد الظاهر وان
انتفع البعض لكثرة نصيبه دون البعض لقلة نصيبه ذكره في المجمع قسم بطلب ذي النفع لانه ينتفعه
فاعتبر طلبه لا يقسم بطلب الآخر الذي لم ينتفع بنصيبه لانه متعنت في طلبه لا متظلم فلا يعتبر طلبه هذا قول
الكرخي والخصاف هو الاصح ذكره صاحب الهداية وهو المذكور في القدوري وهذا لان رضى صاحب القليل بالتزام
الضرر لا يلزم القاضي شيئا وانما الملزم طلبه الانصاف من القاضي وايصاله الى منفعته وذلك لا يوجد عند
طلب صاحب القليل كذا في العناية ونص في المبسوط قول الخصاف هو الاصح ذكره ابن كمال قال في المحيط
اذا طلب صاحب القليل القسمة وابى صاحب الكثير ذلك ذكر الحاكم الشهيد في المختصر انها تقسم واليه ذهب
شيخ الاسلام وذكر الكرخي في مختصره انها لا تقسم وهكذا ذكر الفقيه ابو الليث وجعل هذا قول اصحابنا واليه
مال الحاكم عبد الرحمن والقاضي الاسبيجابي والشيخ الامام شمس الائمة وقال الصدر الشهيد والفتوى على الاول
وذكر هو في ادب القاضي للخصاف الاصح ان القاضي لا يقسمها كذا في التاتارخانية وذكر الحاكم في مختصره انه يقسم ايهما طلب
وهو الاصح لان الامتناع انما كان للضرر ولا اعتبار للضرر مع الرضا كما اذا اقتسما بانفسهما هكذا ذكره صاحب
الاختيار وهو اختيار الشيخ الامام المعروف بخواهر زاده وعليه الفتوى ذكره قاضي خان ويقسم العروض ان
ان كانت من جنس واحد كالثياب مثلا يعني يجبر على ذلك لان في حق التراضي لا يشترط اتحاد الصنف لان عند
اتحاده يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة فيقسم القاضي كل مكيل وموزون كثير
او قليل والمعدود المتقارب وتبر الذهب والفضة وتبر الحديد والنحاس والابل بانفرادها او البقر او الغنم ويجبر
الآبي عليها ولا يقسم القاضي الجنسين بعضهما في بعض فلا يقسم شاة وبعيرا اجبارا قسمة جمع بان يجمع نصيب
احد الورثة في الشاة خاصة ونصيب الآخر في البعير خاصة بل يقسم الشاة بينهم جميعا على ما يستحقون منها
وكذلك في البرذون والحمار وغيره والاواني المتخذة من اصل واحد كالجانة والقمقم والطشت المتخذة من
[illegible] صنو ملحقة بمختلفة الجنس فلا يقسمها القاضي جبرا وكذلك الاثواب المتخذة من القطن او الكتان اذا
اختلفت بالصنعة كالقباء والجبة والقميص ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف ولا الجواهر لانه
لا بد في القسمة من التعديل وهو لا يمكن في الجواهر ولا الحمام ولا الحائط ولا البئر ولا الرحى الاصل في هذا ان الجبر في القسمة
انما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بان يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة منتفعا به انتفاع ذلك الجنس
وفي قسمة امثالها ضرر لهما او لاحدهما فلا يقسم الا بالتراضي ومن المشايخ من قال القاضي لا يقسم عند الضرر
لانه لم ينصب متلفا لكن لو اقتسما لم يمنعهما عن ذلك ولا الثوب الواحد لاشتمال القسمة على الضرر بسبب
القطع لان فيه اتلاف جزء فلا يفعله القاضي مع كراهة بعض الشركاء الا برضاهم لان الحق لهم ولا ثوبين اذا اختلف
قيمتهما لما عرفت انها تقع معاوضة وسبيلها التراضي في جهة المعاوضة ان التعديل بينهما لا يمكن الا بزيادة دراهم
مع الاوسط الدراهم لم تكن مشتركة فترد عليها القسمة فكان معاوضة بخلاف ثلاثة اثواب اذا كان قيمة
الثوب الواحد مثل قيمة ثوبين واراد احدهما القسمة وابى الآخر يقسم القاضي بينهما ويعطي احدهما ثوبا والآخر

ثوبين

ثوبين وكذا ان استقام ان يجعل احد القسمين ثوبا وربع ثوب والآخر ثوبا وثلاثة ارباع ثوب فانه يقسم
بينهم ويترك الثوب الثالث مشتركا بينهما على ذلك الوجه لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز
لانه تيسر عليه التمييز في بعض المشترك ولو تيسر ذلك في الكل قسم الكل عند طلب بعض الشركاء فكذلك
في البعض اذا تيسر في البعض وما ثمة معاوضة يحتاج الى التراضي وكذا الرقيق عنده خلافا لهما الرقيق
اذا كان بين اثنين وطلب احدهما القسمة فلا يخلو اما ان يكون مع الرقيق شيء آخر يصح فيه القسمة
جبرا كالغنم والثياب او لا يكون فان كان صح القسمة في قولهم جميعا على الاظهر اما عندهما فظاهر
واما عنده فيجعل الذي مع الرقيق اصلا في القسمة جبرا ويجعل الرقيق تبعا له في القسمة وقد يثبت
الحكم للشيء تبعا وان لم يثبت قصدا كما في الشرب والطريق في البيع والمنقولات في الوقف وان لم يكن
فان كانوا ذكورا او اناثا لا يقسم القاضي بينهما في قول ابي حنيفة ولا يجبرهما على ذلك وقال صاحباه يجبرهما على
القسمة لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم ورقيق المغنم وله ان التفاوت في الآدمي فاحش لتفاوت
المعاني الباطنة كالذهن والكياسة لان من العبيد من يصلح للامانة ومنهم من يصلح للتجارة ومنهم من يصلح
للفروسية وغير ذلك فمتى جمع نصيب كل واحد منهم في واحد فاته سائر المنافع فلم يكن ذلك قسمة
وافراز بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس الا ترى ان الذكر والانثى من بني
آدم جنسان ومن سائر الحيوانات جنس واحد بخلاف المغانم لان حق الغانمين في المالية حتى كان للامام
بيعها وقسمة ثمنها وههنا يتعلق بالعين والمالية فافترقا كذا في شروح الهداية وذكر في الزاد والصحيح قول
ابي حنيفة كذا في التاتارخانية والدور في مصر واحد تقسم كل واحدة منها على حدة فلا يجمع نصيب احدهم
في دار الا بالتراضي عنده وقالا ان كان الاصلح قسمة بعضها في بعض جاز وعلى هذا الخلاف الاقرحة
المتفرقة المشتركة لهما انها جنس واحد اسما وصورة ومعنى نظرا الى المقصود وهو اصل السكنى والزرع
اجناس معنى نظرا الى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى واختلاف الزرع فيفوض الترجيح الى القاضي وله
ان الاعتبار للمعنى وهو المقصود ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب من المسجد
والماء والشرب وصلاحيتها للزراعة اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة ولهذا لا يجوز التوكيل
بشراء دار وكذا لو تزوج على دار لا يصح التسمية كما هو الحكم فيهما في الثوب بخلاف الدار الواحدة اذا
اختلفت بيوتها لان في قسمة كل بيت على حدة ضررا فقسمة الدار قسمة واحدة واذا كانت الدور في مصرين
يقسم كل على حدة اتفاقا وهو رواية هلال عنهما وعن محمد لو كان احدهما بالكوفة والاخرى بالبصرة قسمت
احديهما في الاخرى وكذا دار وضيعة او دار وحانوت فيقسم كل على حدة لانها اجناس مختلفة نظرا الى اختلاف
الجنس والمقاصد وكذا البيوت في محلة واحدة او في محلات تجوز قسمة بعضها في بعض والمنازل المتلازقة
كالبيوت والمتباينة كالدور وههنا ثلاثة فصول الدور والبيوت والمنازل فالدور متلازقة كانت او متفرقة
لا تقسم عنده قسمة واحدة الا بالتراضي والبيوت تقسم مطلقا لتقاربها في معنى السكنى والمنازل ان
كانت مجتمعة في دار واحدة متلازقا بعضها ببعض قسمت قسمة واحدة والا فلا سواء كانت في محال
او في دار واحدة بعضها في ادناها وبعضها في اقصاها لان المنزل فوق البيت دون الدار فالمنازل تتفاوت
في معنى السكنى ولكن التفاوت فيها دون التفاوت في الدور فهي تشبه البيوت من وجه والدور من وجه

فلشبهها بالبيوت قلنا اذا كانت متلازقة تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيها يقل في مكان واحد ولشبهها
بالدور قلنا اذا كانت في امكنة متفرقة لا تقسم قسمة واحدة وهذا في الفصول كلها يقول لا ينظر القاضي الى اعدل
الوجوه فيمضي القسمة على ذلك كذا في العناية وذكر في الذخيرة واذا تراضيا على قسمة الجمع فالقاضي يقسم بينهم
قسمة جمع في الفصول كلها بلا خلاف وقال في المحيط وكل ما ذكر ان الدور والمنازل والبيوت لا تقسم قسمة
جمع فتأويله اذا لم يكن موضع شيء هو محل القسمة للجمع اما اذا كان موضع شيء هو محل القسمة يقسم الكل قسمة جمع
ويجعل ذلك الشيء اصلا في القسمة وفي الظهيرية والجواب في الكرمين كالجواب في الدارين واما البستان
فانه يجمع نصيب كل واحد منهما في بيت على حدة بالاجماع كذا في التاتارخانية في كيفية القسمة لما فرغ
من بيان ما يقسم وما لا يقسم بين كيفية القسمة فيما يقسم لان الكيفية صفة فتتبع جواز اصل القسمة الذي هو
الموصوف وينبغي للقاسم اي للشارع في القسمة ان يصور ما يقسم اي يكتب على قرطاس ان فلانا نصيبه
كذا وفلانا كذا ليمكن به حفظه لانه يرفع هذا القرطاس الى القاضي ليتولى الاقراع بينهم بنفسه ويعدله
يعني يسويه على سهام القسمة ويروى يعزله اي يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه ليعرف قدره ويقوم
بناءه لحاجته الى معرفة ذلك في الآخرة اذ البناء يقسم على حدة وربما يقع في نصيب احدهم شيء منه فيكون
عالما بقيمتها ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه ومسيله ان امكن ذلك ليقطع النزاع ويتم معنى
القسمة اعلم ان قوله ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه بيان الافضل فان لم يفعل او لم يمكن جاز ذكره
في الهداية والكافي ويلقب الانصباء بالاول والثاني والثالث يعني يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني
والذي يليه بالثالث الى ان يفرغ السهام ويكتب اساميهم ويقرع بينهم فالاول اي فالنصيب الاول
لمن خرج اسمه اولا والثاني لمن خرج اسمه ثانيا والثالث لمن خرج اسمه ثالثا الاصل ان ينظر في ذلك
ويقسم على اقل الانصباء حتى اذا كان الاقل ثلثا جعلها اثلاثا وان كان سدسا جعلها اسداسا
ليمكن القسمة لانه اذا خرج اقل الانصباء خرج الاكثر ولا كذلك بالعكس قال الامام حميد الدين صورته
ارض بين جماعة لاحدهم سدسها وللآخر ثلثها وللآخر نصفها يجعلها ستة اسهم ويلقب الجزء الاول بالسهم
الاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ويكتب اساميهم ويجعلها قرعة ثم يلقيها في كمه فمن خرج اسمه اولا
فله السهم الاول فان كان ذلك صاحب السدس فله الجزء الاول وان كان صاحب الثلث فله الجزء الاول
والذي يليه وان كان صاحب النصف فله الجزء الاول واللذان يليانه والقرعة يأباها القياس لان تعليق
الاستحقاق بخروجها وذلك قمار ولهذا لم يجوز علماؤنا استعمالها في دعوى النسب ودعوى المال وتعيين المطلقة
ولكن تركناه ههنا بالتعامل الظاهر من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير منكر وليس
هذا في معنى القمار لان اصل الاستحقاق فيه يتعلق بما يستعمل فيه واما ما نحن فيه فليس كذلك لان القاسم لو قال
انا عدلت في القسمة فخذ انت هذا الجانب وانت هذا الجانب كان مستقيما الا انه ربما يتهم في ذلك فيستعمل
القرعة لتطييب قلوب الشركاء ونفي تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز الا ترى ان زكريا عليه السلام حيث استعمل
القرعة مع الاعيان في ضم مريم الى نفسه مع علمه بكونه احق لكون خالتها عنده تطييبا لقلوبهم كذا في العناية
ذكر في الاجناس للقرعة ثلاثة الاولى لاثبات حق وابطال حق آخر وانها باطلة كمن اعتق احد عبديه بغير
عينه ثم عين بالقرعة والثانية لتطييب النفس وانها جائزة كما يقرع بين النساء كي يسافر بها والقرعة بين الشركاء

للبداية

للبداية للقسم والثالثة لاثبات حق واحد في مقابلته فيفرز كل حقه كالقسمة فهو جائز وفي الذخيرة
يجب ان يعلم بان الملك لا يقع لواحد من الشركاء فيما بينهم بعينه بنفس القسمة بل يتوقف ذلك على احد
معان اربعة اما القبض او قضاء القاضي او القرعة او بان تحكموا رجلا يلزم كل واحد منهم سهما كذا في
التاتارخانية ولا يدخل دراهم في القسمة الا برضاهم يعني لفضل دراهم والآخر لم يرض بذلك لم يدخل
الدراهم في القسمة وان تراضوا ادخلها لانه لا شركة في الدراهم والقسمة فيما فيه الشركة
ولانه يفوت التعديل المراد بالقسمة لان احدهما يصل الى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته
قد لا يصل اليها وليس بين ما يصل اليه الرجل في الحال وما لا يصل معادلة فلا يصار اليه
الا عند الضرورة ولهذا ذهب ابو يوسف فيما اذا كان ارض وبناء الى انه يقسم كل ذلك
على اعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم وابو حنيفة الى ان الارض تقسم
بالمساحة لانها الاصل في الممسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه او من كان نصيبه اجود دراهم الآخر
حتى يساويه فيدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة
التزويج ومحمد الى ان يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة فان لم يف العرصة بقيمة البناء
فح يرد الفضل دراهم لان الضرورة تحققت في هذا المقدار فلا يترك الاصل الا بها وهذا يوافق رواية
الاصل لانه قال فيه تقسم الدار مذارعة ولا يجعل لاحدهما على الآخر فضل من الدراهم وغيرها كذا في غاية البيان
فان وقع مسيل او طريق لاحدهم في نصيب آخر ولم يشترط في القسمة صرف عنه ان امكن والا فسخت
يعني ان قسم القاضي الدار المشترك بينهم ولاحدهم طريق او مسيل الماء في نصيب الآخر فلا يخلو اما ان
يمكن صرف ذلك عنه او لا فان امكن فليس له ان يسيل او يستطرق في نصيب الآخر سواء كان ذلك
مشروطا في القسمة او لم يكن لانه امكن تحقيق معنى القسمة وهو الافراز والتمييز من غير تضرر بان لا يبقى
لكل واحد تعلق بنصيب الآخر بصرف المسيل او الطريق الى غيره فلا يدخل فيه الحقوق وان شرطت بخلاف
البيع فانها اذا شرطت فيه دخلت لانه امكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك
غيره فلا تدخل الا بالشرط وان لم يكن فاما ان اشترط ذلك في القسمة او لا فان كان الثاني فسخت
القسمة لانها مختلة لما فيه من الضرر وبقاء الاختلاط فتستأنف وهذا بخلاف البيع فانه اذا باع دارا او ارضا
ولا يتمكن المشتري من الاستطراق ولا من التسييل لما لم يذكر الحقوق فانه لا يفسد لان المقصود منه تملك
العين وانه يجامع تعذر الانتفاع في الحال كما لو اشترى جحشا صغيرا واما القسمة فانها لتمليك المنفعة
ولا يتم ذلك الا بالطريق وان كان الاول تدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل
فيدخل عند التنصيص باعتبار التكميل وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق فباعتباره لا تدخل
من غير تنصيص بخلاف الاجارة حيث تدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وهو
لا يحصل الا بادخال الشرب والطريق ويقسم سهمين من العلو بسهم من السفل وعند ابي يوسف
سهما بسهم وعند محمد يقسم بالقيمة صورة المسألة ان يكون علو مشتركا بين رجلين وسفله
لآخر وسفل مشترك بينهما وعلوه لآخر وبيت كامل مشترك بينهما في دار واحدة او في دارين
لكن تراضيا على القسمة وطلبا من القاضي القسمة وانما قيد بذلك لانه ليلا يقال يقسم العلو مع السفل

قسمة ولحق اذا كانت البيوت متفرقة لا يصح عند ابي حنيفة اذا ظهر ذلك فاعلم ان علمائنا اختلفوا
في كيفية قسمة ذلك فقال ابو حنيفة وابو يوسف يقسم بالذرع لانه الاصل في القسمة في المذروع
لكون الشركة فيه لا في القيمة وقال محمد يقسم بالقيمة فان كانت قيمتهما سواء كان ذراع بذراع
وان كان قيمة احدهما نصف قيمة الآخر يحسب ذراع بذراعين وعلى هذا لان السفل يصلح
لما لا يصلح له العلو من حفر البئر واتخاذ السرداب والاصطبل وغيرها فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة
ثم اختلف الشيخان في كيفية القسمة بالذرع فقال ابو حنيفة ذراع من سفل بذراعين من
علو وقال ابو يوسف ذراع بذراع واختلف المشايخ بان مبنى هذا الاختلاف اختلاف عادة اهل
العصر والبلدان في تفضيل السفل على العلو او على العكس من ذلك وسواهما او هو معنى فقهي
فقال بعضهم اجاب كل منهم على عادة اهل عصره اجاب ابو حنيفة بناء على ما شاهد من اهل الكوفة
من اختيار السفل على العلو وابو يوسف بناء على ما شاهد من عادة اهل بغداد في التسوية بين
السفل والعلو في منفعة السكنى ومحمد على ما شاهد من اختلاف العادات في البلدان من تفضيل
السفل مرة والعلو اخرى وقال بعضهم بل مبناه على معنى فقهي ووجه قول ابي حنيفة ان منفعة السفل
تربو على منفعة العلو بضعفه لانها تبقى بعد فوات العلو دون العكس وكذا السفل فيه منفعة البناء
والسكنى وفي العلو السكنى لا غير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا برضا صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه
بذراع من السفل ولابي يوسف ان المقصود اصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان
لان لكل واحد منهما ان يفعل ما لا يضر بالآخر على اصله ولمحمد ان المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة
اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة وعليه الفتوى في الهداية الفتوى اليوم على قول محمد وفي المحيط وعلى قول محمد
يعتبر القيمة في ذلك كله قال الكرخي وعليه الفتوى ذكره في التاتارخانية قال في شرح الطحاوي الاختلاف في الساحة
واما البناء فيقسم بالقيمة اتفاقا وان اقر احد المتقاسمين بالاستيفاء ثم ادعى ان بعض نصيبه في يد صاحبه
لا يصدق الا بحجة من بينة المدعي واقرار الخصم ونكول قالوا لانه يدعي فسخ القسمة فلا يصدق الا بحجة كذا
في ايضاح ابن كمال فان اقام البينة فقد نور دعواه بها وان عجز عنها استحلف الشركاء لانهم لو اقروا
لزمهم فاذا انكروا استحلفوا رجاء ان انصبائهم لان النكول حجة في حقه خاصة فيعاملان على زعمهما
وفي الهداية ينبغي ان لا يقبل دعواه اصلا يعني وان اقام البينة لتناقضه لانه اذا اقر بالاستيفاء وهو
عبارة عن قبض حقه بكماله كان الدعوى بعد ذلك تناقضا كذا في العناية قال صدر الشريعة في
شرح الوقاية وفي المبسوط وفي ما يؤيد هذا وجه رواية المتن انه اعتمد على فعل المقاسم
في اقراره بالاستيفاء ثم لما تأمل حق التأمل ظهر الغلط في فعله فلا يؤاخذ بذلك الاقرار عند ظهور
الحق انتهى وفيه بحث فان مثل هذا الاقرار ان كان مانعا عن صحة الدعوى لا تسمع البينة لابتنائها
على صحة الدعوى وان لم يكن مانعا ينبغي ان يتحالفا كذا في حاشية سعدي چلبي وتقبل
شهادة القاسمين فيها اي في القسمة خلافا لمحمد لانهما شهدا على انفسهما فلا تقبل
كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما انهما شهدا على فعل
غيرهما وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل انفسهما لان فعلهما التمييز ولا حاجة الى الشهادة عليه وقال

الطحاوي

وقال الطحاوي اذا قسما باجر لا تقبل شهادتهما بالاجماع واليه مال بعض المشايخ لانهما يدعيان
ايفاء عمل استوجرا عليه فكانت شهادة صورة دعوى معنى فلا تقبل الا انا نقول هما لا يجران بهذه
الشهادة الى انفسهما مغنما لاتفاق الخصوم على ايفائهما العمل المستأجر عليه وهو التمييز وانما
الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة ولو شهد قاسم واحد لا تقبل لان شهادة الفرد غير مقبولة على الغير
ولو امر القاضي امينه بدفع المال الى آخر يقبل قول الامين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في الزام الآخر
اذا كان منكرا كذا في الهداية وان قال احد المتقاسمين قبضته ثم اخذ بعضه حلف خصمه لانه يدعي عليه
الغصب وهو منكر وان قال قبل ان يقر بالاستيفاء اصابني كذا ولم يسلم الي وكذبه الآخر تحالفا وفسخت
القسمة لانه اختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار كالاختلاف في مقدار المبيع فلو ادعى عينا لا
يعتبر كالبيع بخلاف ما لو ادعى دينا حتى لو اقام احد المتقاسمين دينا في التركة لو اقام عليه بينة لا ينقض
القسمة والفرق ان دعوى الدين يتعلق بمالية التركة والقسمة تصادف الصورة فلم يناقض في
دعواه بالاقدام على القسمة ودعوى العين تتعلق بالصورة والقسمة تصادفها فالاقدام على القسمة
اعتراف منه بكون المقسوم مشتركا ودعوى الخصوص تناقضه قال صاحب التلويح حق الغريم انما
يتعلق بالمعنى وهو المالية لا بالصورة حتى انه يجوز للوارث ان يستخلص العين لنفسه ويقضي الدين
من مال آخر بخلاف الورثة فان حقهم تعلق فيما بينهم بالمالية والعين جميعا حتى لا يجوز لبعضهم ان يجعل
شيئا لنفسه بنصيبه من الميراث ولا ان يأخذ التركة ويعطي الباقي القيمة انتهى الا اذا كانت القسمة
بقضاء والغبن فاحش فتفسخ عند الكل لان تصرف القاضي مقيد بالعدل ولم يوجد وان كانت بالتراضي
لا ان يبطل القسمة فقد قيل لا يلتفت الى قول من يدعيه لانه دعوى الغبن ولا عبرة به في
البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي وقيل تفسخ وهو الصحيح ذكره في الكافي ولو استحق بعض معين من
نصيب البعض لا تفسخ القسمة بالاجماع ويرجع بقسطه في حظ شريكه وكذا في الشائع وعند ابي يوسف
تفسخ وفي بعض شائع في الكل تفسخ اجماعا لابي يوسف انه باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث
لهما والقسمة بدون رضاه باطلة لان موضوع المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة لانه اعتبر القيمة
فيها ولا بد من التراضي وصار كما اذا استحق بعض شائع في النصيبين فان انعدام معنى القسمة وهو الافراز
اما فيما ظهر فيه الاستحقاق فواضح واما في النصيب الآخر فلانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر
شائعا بخلاف المعين فانه باستحقاق بعض معين يبقى الافراز فيما وراءه لكنه يخير ان شاء
نقض القسمة من الاصل لانه ما رضي بها الا على تقدير المعادلة وقد فاتت ولهما ان معنى الافراز
لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب احدهما لانه لا يوجب الشيوع في نصيب الآخر ولهذا جاز
القسمة على هذا الوجه في الابتداء بان كانت دار نصفين والنصف المقدم منها مشترك بين ثلاثة
نفر والنصف المقدم من هذا النصف لواحد منهم والنصف الاخير بين اثنين على التسوية والنصف
المؤخر بين هذين الاثنين على التسوية ايضا فاقتسما الاثنان على ان يأخذ منهما نصيبهما من المقدم
وربع المؤخر واذا جاز ابتداء جاز انتهاء بطريق الاولى وصار كاستحقاق بيت معين في عدم
انتفاء معنى الافراز بخلاف الشائع في النصيبين فانه لو بقيت لتضرر الثالث بتفريق نصيبه

في النصيبين اما ههنا فلا ضرر بالمستحق ولو ظهر بعد القسمة دين على الميت محيط نقضت يعني
لو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ولم يف الورثة من مالهم ولم يبرئ الغرماء رد القسمة لان الدين
يمنع وقوع الملك للوارث حتى لو كان في التركة مستوفية بالدين عبد وهو ذو رحم محرم للوارث لم يعتق
وكذا لو كان الدين غير محيط بالتركة لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة بلا قسمة ما بقي من الدين
وراء ما قسم لانه لا حاجة الى نقض مطلقا اي سواء كان الدين محيطا او غير محيط لان المانع قد زال بخلاف
ما اذا ظهر وارث او الموصى له بالثلث او الربع بعد القسمة وقالت الورثة نحن نقضي حقهما فان القسمة
تنقض ان لم يف الوارث والموصى له [illegible] حقهما في غير التركة فلا ينتقل الى مال آخر الا برضاهما كذا في العناية
فرع ولو وقعت شجرة في نصيب احدهما اغصانها ممتدة في نصيب الآخر روى ابن رستم عن محمد له
ان يجبره على قطعها وروى ابن سماعة لا يجبره لانه استحق الشجرة باغصانها وعليه الفتوى ولاحد الشريكين
ان يجعل في نصيبه بئرا او بالوعة وتنورا وحماما وان كان يضر بحائط جاره وليس له ان يسد كوة الآخر لانه
يتصرف في خالص ملكه فلا يكون متعديا او ضرر الجار حصل ضمنا فلا يضمن وكذلك لصاحب الحائط ان يفتح فيه
بابا وان تأذى جاره لما ذكرنا والكف عما يؤذي الجار احسن كذا في الاختيار قال في نوادر ابن رستم في المتقاسمين
اذا ميز نصيب احدهما بالقسمة وفيه شجر اغصانها مطلة على قسمة الآخر فله ان يطالبه بقطع الاغصان
رواه عن محمد وروى ابن سماعة عنه انه ليس له ذلك وفي الذخيرة وبه يفتى ذكر في المحيط قال في الاصل واذا
اصاب الرجل في القسمة ساحة لا بناء فيها واصاب الآخر البناء فاراد صاحب الساحة ان يبني ساحته
ويرفع بناءه فقال صاحب البناء انك لتسد علي الريح او الشمس فلا ادعك ترفع بناءك فلصاحب الساحة
ذلك وفي الصغرى وعليه الفتوى وفي المحيط وكذلك لو اراد ان يجعل فيها رحى او حدادا او قصارا فليس
لصاحبه منع وفي الولوالجية وان كف عما يؤذي جاره كان احسن وكننا لا يجبر على ذلك وقال بعض مشايخ
وهو نصير بن يحيى وابو القاسم الصفار يمنع واذا لم يمنع حتى سقط شيء من جدار جاره حال الانتقال يضمن
وفي ظاهر الرواية لا يمنع ولا يضمن ما تلف من ذلك لكن الاحسن ان لا ينتفع بملكه انتفاعا يتأذى به جاره تعظيما
لحق الجار وفي المحيط والحاصل في هذه المسائل واجناسها ان القياس كل من يتصرف في خالص ملكه لا يمنع
من الحكم وان كان يؤدي الى الحاق الضرر بالغير لكن ترك القياس في موضع يتعدى ضرر تصرفه الى غيره ضررا
بينا وقيل بالمنع مطلقا وبه اخذ كثير من مشايخنا وعليه الفتوى وفي اجارات النوازل اراد ان يتخذه
حماما لم يكن في القديم ويتضرر ذلك بدار جاره ضررا بينا بان كان يعلم ان دورانه او ريح دورانه
توهن الحائط فانه يمنع من ذلك وهذا خلاف قول ابي حنيفة وقال ابو القاسم الصفار يمنع من ذلك واخذ
بقول ابي القاسم كثير من مشايخ بلخ وبخارا قال قاضي خان نحن نفتي بقول ابي حنيفة وفي التهذيب
واما صاحب البناء لو فتح كوة في جداره بحذوها لا يمنع والفتوى على انه ان كانت للنظر في موضع النساء
يمنع كذا في التاتارخانية
فصل في التهايؤ لما فرغ من بيان احكام قسمة الاعيان شرع في بيان
احكام قسمة الاعراض واخرها عن قسمة الاعيان لكونها فرعا عليها ويجوز المهاياة هي مفاعلة
من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للمتهيئ للشيء وقد يتبدل الهمزة الفا وتحقيقه ان كلا منهم يرضى
بهيأة واحدة ويختارها وهي في عرف الفقهاء عبارة عن قسمة المنافع ثم جواز المهاياة استحسانا

والقياس

الى القسمة فاليه احضرهم ولو ابرأه الغرماء بعد القسمة او اداه الورثة من مالهم لا تنقض ح ح

والقياس ان يأباها لانها مبادلة المنفعة بجنسها اذ كل واحد من الشريكين في نوبته ينتفع بملك شريكه عوضا
عن انتفاع الشريك بملكه في نوبته لكنا تركنا القياس لقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهو
المهاياة بعينها وللحاجة اليه اذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي اذا طلبها
بعض الشركاء كما يجري في القسمة الا ان القسمة اقوى منها في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان
واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا اذا طلب احد الشريكين القسمة والآخر المهاياة يقسم القاضي
لانه ابلغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهم القسمة يقسم وتبطل المهاياة ولا تبطل
المهاياة بموت احدهما ولا بموتهما لانه لو انتقض لاستأنفه الحاكم لجواز ان يطلب الورثة المهاياة فلا فائدة
في النقض ثم الاستيناف ويجبر عليها في دار واحدة قدم المهاياة المكانية لان في الزمانية روايتين واختار
الدار الواحدة اشارة الى جوازها في الدارين بالطريق الاولى بان يسكن آخر السكون لا في الاستغلال خلافا
وان كان الظاهر جوازه هذا الشريك بعضا اي موضعا معينا منها وهذا الشريك الآخر بعضا آخر منها
وهذا علوها وهذا سفلها لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا التهايؤ ثم التهايؤ في هذا الوجه وهو ان
يسكن هذا في جانب الدار ويسكن هذا في جانب آخر منها في زمان واحد افراز لا مبادلة لتحقق معناه فان
في القاضي يجمع جميع منافع احدهما في بيت والآخر بعدما كانت شائعة في البيتين وكذلك في حق الآخر ولهذا لا يشترط
فيه التأقيت ولو كان مبادلة كان تمليك المنافع بالعوض فيلحق بالاجارة ويشترط التوقيت وفي
بيت صغير يسكنه هذا شهرا وهذا شهرا لان المهاياة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول
متعين ههنا فان كانت المهاياة في جنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتا يسيرا كما في الثياب والاراضي
تعتبر افرازا من وجه مبادلة من وجه حتى لا ينفرد احدهما بهذه المهاياة واذا طلبها احدهما ولم يطلب الآخر قسمة
الاصل اجبر عليها وقيل تعتبر افرازا من وجه عارية من وجه لانها لو كانت مبادلة لما جازت في الجنس الواحد
لانه يكون مبادلة المنفعة بجنسها وانه يحرم ربوا النساء والاول اصح لان العارية ليس فيها عوض وهذا
بعوض وربوا النساء ثابت عند احد وصفي العلة بالنص على خلاف القياس فيما هو مبادلة في الاعيان
من كل وجه فلا يتعدى الى غيره وان كانت في الجنس المختلف كالدور والعبيد تعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا يجوز
بدون رضاهما لان المهاياة قسمة المنافع ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما كالدار
مثلا بان يطلب احدهما ان يسكن في مقدمها وصاحبه في مؤخرها والآخر يطلب ان يسكن جميع الدار شهرا
وصاحبه شهرا آخر يأمرهما القاضي ان يتفقا لان لكل منهما مزية فلا يرجح لاحدهما اذ التهايؤ في المكان
اعدل لاستوائهما في زمان الانتفاع من غير تقديم لاحدهما على الآخر وفي الزمان اكمل لان كلا منهما ينتفع بجميع
جوانب الدار في نوبته فلا بد من اتفاق دفعا للتحكم فان اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية نفيا
للتهمة وله الاجارة واخذ الغلة اي لكل واحد من المتقاسمين اجارة ما اصابه واخذ غلته في نوبته وشرط
بعضهم في جواز الاستغلال ان يشترط في العقد كالعارية وليس بشيء لان المهاياة قسمة المنافع وقد
ملك استيفاءها فله استغلالها وفي عبد واحد يخدم هذا يوما وهذا يوما وفي عبدين يخدم احدهما احدهما
والآخر الآخر ولو اتفقا على ان نفقة كل عبد على من يخدمه جاز استحسانا بخلاف الكسوة كذا في الهداية وقال
صاحب المختار فان شرطا طعام كل عبد على من يخدمه جاز وفي الكسوة لا يجوز لان العادة جرت بالمسامحة

في الطعام دون الكسوة ولقلة التفاوت في الطعام وكثرتها في الكسوة فان وقعتا شيئا من الكسوة
موصوفا جاز استحسانا لا عند ذكر الوصف بعدم التفاوت ويقل كذا في الاختيار وفي دارين يسكن
هذا الشريك هذه الدار وهذا الشريك الآخر هذه الدار الاخرى ويجبر القاضي عليه وهذا عندهما ظاهر
لان الدارين عندهما كدار واحدة وقد قيل لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة وعن ابي حنيفة انه لا يجوز
التهايؤ فيهما اصلا بالجبر لما قلنا وبالتراضي لانه بيع السكنى بالسكنى بخلاف قسمة رقبتهما لانه بيع بعض
احدهما ببعض الآخر جائز وجه الظاهر ان التفاوت يقل بالمنافع فيجوز بالتراضي ويجبر فيجبر القاضي
ويعتبر افرازا اما لكثرة التفاوت في اعيانهما فاعتبر معاوضة ولا يجوز ذلك اي التهايؤ بهذا الوجه في ركوب دابة
او في دابتين الا بتراضيهما خلافا لهما فعندهما يجوز اعتبارا بالقسمة الاعيان وله ان الاستعمال يتفاوت
بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق واخرق بخلاف العبد لانه يخدم باختياره فلا يتحمل زيادة على طاقته
والدابة تحملها ولا يجوز في استغلال عبد او دابة قال في الهداية واما التهايؤ في الاستغلال يجوز في الدار الواحدة
في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز وجه الفرق ان النصيبين يتعاقبان
في الاستيفاء والاعتدال ثابت وقت المهايأة والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان لتوالي
اسباب التغير عليه فيفوت المعادلة لان الاستغلال انما يكون بالاستعمال والظاهر ان عمله في الزمان
الثاني لا يكون كما كان في الاول لان القوى جسمانية متناهية وما زاد في نوبة احدهما في الدار الواحدة
مشترك ليتحقق التعديل بخلاف ما اذا كان التهايؤ في المنافع فاستغل احدهما في نوبته زيادة
لان التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع فلا يضره زيادة الاستغلال من بعد والتهايؤ على الاستغلال
في الدارين جائز ايضا في ظاهر الرواية لما بينا في وجه الفرق ان الاعتدال ثابت وقت المهايأة الخ
ولو فضلت غلة احدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة والفرق في الدارين معنى التمييز
والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا وجعل كل
واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه ولهذا يرد عليه حصته من الفضل وفي استغلال عبدين هذا اي استغلال
هذا الشريك هذا العبد وهذا الشريك العبد الآخر لا يجوز خلافا لهما ما لا يجوز ذلك اعتبارا بالتهايؤ
في المنافع وله ان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد لانه قد يكون
في احدهما كياسة وحذق ولياقة تحصل في الشهر الواحد من الغلة ما لا يقدر عليه الآخر ثم التهايؤ
في استغلال العبد الواحد لا يجوز بالاتفاق فاولى ان يمنع الجواز في العبدين والتهايؤ في الخدمة جوز
ضرورة اذ المنافع لا تبقى فيتعذر قسمتها ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها اعيانا فيستغلانه
على طريق الشركة ثم يقسمان ما حصل في الغلة وعلى هذا الخلاف الدابتان فعندهما يجوز وعنده
لا وقدر الوجه في الركوب ولا يجوز المهايأة في ثمر شجر او لبن غنم او اولادها فلو كان نخل او شجر
او غنم بين اثنين فتهايآ على ان يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها او يرعاها وينتفع بالبانها
او اولادها لا يجوز لما مر ان المهايأة في المنافع ضرورة انها لا تبقى فيتعذر قسمتها وهذه اعيان باقية
يرد عليها القسمة عند حصولها والحيلة ان يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته او ينتفع
باللبن بمقدار معلوم استقراضا لنصيب صاحبه ثم سوقرض المتاع لكنه جائز كذا في الهداية والكافي

قال

قال في الخانية رجلان تواضعا في بقرة بينهما على ان عند كل واحد منهما خمسة عشر يوما يحلب لبنها
كان باطلا ولا يحل فضل اللبن لاحدهما وان جعله صاحبه في حل لانه هبة المشاع فيما يقسم الا ان يكون
صاحب الفضل استهلك الفضل فاذا جعله صاحبه في حل كان ذلك ابراء له عن الضمان فيجوز اما حال قيام
الفضل يكون هبة او ابراء عن العين وانه باطل انتهى وتجوز في عبد ودار على السكنى او خدمة لان المقصود
من المهايأة يجوز عند اتحاد جنس فعند الاختلاف اولى وكذا كل مختلفي المنفعة كسكنى الدار وزرع الارض وكذا
حمام والدار لان كل واحد من المنفعتين يجوز استحقاقها في المهايأة ولا تجوز المهايأة بموت احدهما
ولا بموتهما لانا نحتاج الى اعادتها بطلب الوارثين او احدهما بخلاف الاجارة والعارية ولو طلب
احدهما القسمة بطلت المهايأة معناه فيما يحتمل القسمة لان القسمة اقوى في استكمال المنفعة ولو طلب
احدهما القسمة والآخر المهايأة قسم لما بينا بل اولى كذا في الاختيار فروع في المحيط قال شمس الائمة
الحلواني انما يكون لاحدهما نقض المهايأة اذا قال اريد بيع نصيبي من الدار او قال اريد ان اقسم العين حتى يتم
نصيب كل واحد منا فاما اذا قال افسخ المهايأة ليعود المنافع مشتركة بيننا فالقاضي لا يجيبه الى ذلك امة بين
رجلين يخاف كل واحد صاحبه عليها فقال احدهما يكون عندك يوما وعندي يوما وقال الآخر لا بل نضعها
على يدي عدل فاني اجعلها عند كل واحد منهما يوما ولا اضعها على يدي عدل قال مشايخنا ويحتاط
في الفروج في جميع المواضع نحو الغير في حوادث والمطلقة في الثانية في فصول الشهادة وغير ذلك الا في هذا الموضع
لا يحتاط لحسم ملكه وهو نظير ما لو اخبر القاضي ان فلانا يأتي جاريته في غير المأتى ويستعملها في الغناء ويطأ
زوجته في حالة الحيض وامته من غير استبراء لا يكون للقاضي عليه سبيل لحسم ملكه كذا هنا فان تشاحا فالقاضي
يبدأ بايهما شاء وان شاء اقرع قال شمس الائمة الحلواني والاولى ان يقرع تطييبا لقلوبهما وآكيه
قال شمس الائمة كذا في التاتارخانية رجل مات عن امرأة وابنين والمرأة تدعي انها حامل قال الشيخ الامام
ابو بكر محمد بن الفضل توضع على امرأة او امرأتين حتى يمسها جنينها فان لم تقف على شيء من علامات
الحمل يقسم الميراث وان وقف على شيء من علامات الحمل ان تربصوا حتى تلد فانه لا يقسم وكذا لو مات
الرجل وترك امرأة حاملا وابنا فان القاضي لا يقسم الميراث حتى تلد فان كان الوارث اكثر من واحد ولم
ينتظر الولادة ان كانت الولادة بعيدة تقسم وان كانت قريبة لا يقسم ومقدار القرب والبعد مفوض
الى رأي القاضي واذا اقسمت التركة قال الفقيه ابو جعفر يوقف نصيب ابنين ويقسم الباقي وهو رواية عن
ابي حنيفة ومحمد وابي يوسف في رواية وقال بعضهم توقف نصيب اربع بنين وهو رواية عن ابي حنيفة
ايضا وذكر الخصاف عن ابي يوسف انه يوقف نصيب ابن واحد وعليه الفتوى كذا في قاضي خان قال
الحاوي واذا اقسم الورثة الدين فيما بينهم فهذا على وجهين اما ان كان الدين للميت وفي هذا الوجه ان
قسموا الدين والعين جملة بان شرطوا في القسمة ان الدين الذي على فلان لهذا الوارث مع هذا العين
والدين الذي على فلان الآخر لهذا الوارث الآخر مع هذا العين فهذه القسمة باطلة في العين والدين جميعا
وان اقتسموا الاعيان ثم قسموا الدين فقسمة الاعيان صحيحة وقسمة الديون باطلة الوجه الثاني اذا كان
الدين على الميت واقتسموها على ان ضمن كل واحد منهم دين غريم على حدة او اقتسموها على ان ضمن
احدهم سائر الديون فان كان الضمان مشروطا في القسمة فالقسمة فاسدة وان لم يكن الضمان مشروطا

في القسمة اما ضمن بعد القسمة بغير شرط فهذا على ثلثة اوجه ان ضمن بشرط ان ضمن على ان يتبع الميت
ولا ميراثه بشيء وعلى ان يبرئ الغريم الميت كان هذا جائزا ان رضي الغرماء بضمانه وان ابوا ضمانه فلهم نقض
القسمة وان لم يشترطوا على ان يبراء الغريم الميت لا ينفذ القسمة الكل من التاتارخانية

كتاب المزارعة

لما كان الخارج في عقد المزارعة من انواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة بعدها ولتشبهها بسبب المعاملات
واما بيان حكمها فنقول لها حكمان احدهما يثبت في الحال وهو الملك في منفعة العامل ان كان البذر
من جهة آخذ الارض او ثبوت الملك في منفعة العامل ان كان البذر من جهة رب الارض وفي المعاملة
حكم الذي يثبت في الحال ثبوت الملك في منفعة العامل وحكم آخر يثبت في الباقي وهو الشركة في الخارج واما
بيان صفتها فنقول المعاملة لازمة من الجانبين في الحال حتى ان كل واحد من العاقدين لا يملك الفسخ
الا بعذر كذا في التاتارخانية هي في اللغة من الزرع وهو طرح الزرعة بالضم وهي البذر وموضعه المزرعة
مثلثة الراء كما في القاموس الا انه مجاز حقيقته الانبات ولذا قال عليه السلام لا يقولن احدكم زرعت
بل حرثت اي طرحت البذر كما في الكشاف وغيره واعلم ان المزارع آخذ الارض لا دافعها وان جاز
ان يطلق عليه ايضا كما في الطلبة وفي الشريعة عقد على الزرع على كون شركة عقد بان يقول مالك الارض
دفعتها اليك مزارعة بكذا ويقول العامل قبلت فركناها الايجاب والقبول كما في الذخيرة ببعض الخارج
اي خارج وحاصل ما طرح في الارض من بذر البر والشعير ونحوهما وهي فاسدة عند ابي حنيفة حتى ان الفضل
ترك اجابة دعوة المزارع عنده الا اذا كان البذر والآلات لصاحب الارض او للعامل فيكون الصاحب مستأجرا
للعامل والعامل للارض باجرة ومدة معلومتين ويكون له بعض الخارج بالتراضي وهذه حيلة زوال الخبث
عنده وانما لم تصح بدونها للاختلاف فيه من الصحابة والتابعين لتعارض الاخبار عن سيد المرسلين
كما في المبسوط وفتى ابو حنيفة لفسادها بلا احد ولم يتنزع بها اشد النهي كما في الحقائق ويدل عليه انه فرع
عليها ذا اجل في الوقف لانه لم يفرع فيه كما في النظم وعندهما جائزة للحاجة وبه اخرجا عندهما من الصحة
وبالجواز يفتى كما في الواقعات والكافي وغيرهما الكل من القهستاني لهما ما روي ان النبي عليه السلام عامل
اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع
دفع الحاجة فان ذا المال قد لا يهتدي الى العمل والقوي عليه قد لا يجد المال فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد
بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد لانه لا اثر هناك للعمل في تحصيلها
لانه تخلل فعل فاعل مختار وهو اكل الحيوان فيضاف اليه فلا يضاف الى غيره وهو العامل فلم يتحقق فيه
الشركة وله ما روي انه عليه السلام نهى عن المخابرة وهي المزارعة بالثلث او الربع ولانه استيجار ببعض ما
يخرج من عمله فانها لا تصح بدون ذكر المدة وذلك من خصائص الاجارة فيكون في معنى قفيز الطحان ولان
الاجر مجهول على تقدير وجود الخارج فانه لا يعلم ان نصيبه الثلث او الربع يبلغ مقدار عشرة اقفزة او اقل
منه او اكثر ومعدوم على تقدير عدم الخارج وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي عليه السلام اهل خيبر كان
خراج مقاسمة وهو ان يقسم الامام ما يخرج من الارض وكان بطريق المن والصلح لانه لو اخذ الكل لجاز
لانه عليه السلام ملكه غنيمة فكان ما ترك في ايديهم فضلا ولم يبين مدة معلومة وقد اجمعوا على ان عقد
المزارعة لا تصح الا ببيان مدة معلومة وخراج المقاسمة بطريق المن والصلح جائز فلم يكن الحديث حجة لمجوزيها

كذا في الهداية

كذا في الهداية وشروحها قال صاحب المختار قال الحصيري وابو حنيفة هو الذي فرع هذه المسائل التي
الاحكام المذكورة للمزارعة على اصوله لعلمه ان الناس لا يأخذون بقوله فالفتوى على قولهما لحاجة الناس
وقد تعامل بها السلف فصارت شريعة متوارثة وقضية متعارفة كذا في الاختيار ويشترط فيها اي في
المزارعة عند من يجوزها صلاحية الارض للزرع ليحصل المقصود اذ هي المحل واهلية العاقدين لان العقد انما يصح
من اهله وتعيين المدة يعني مدة يمكن خروج الزرع فيها حتى لو بين مدة لا يتمكن فيها من الزراعة فسدت المزارعة
وكذا اذا بين مدة لا يعيش احدهما الى مثلها غالبا لانه يصير في معنى اشتراط بقاء العقد الى ما بعد الموت اعلم
ان عقد المزارعة عقد على منافع الارض اذا كان البذر من قبل العامل او منافع العامل اذا كان البذر من
قبل رب الارض والمدة هي المعيار للمنافع بمنزلة الكيل والوزن كذا في العناية وقال في الخانية فان دفع
ارضه مزارعة ولم يذكر الوقت قال في الكتاب لا يصح المزارعة وقال مشايخ بلخ لا يشترط بيان الوقت ويكون
المزارعة على اول السنة يعني على اول زرع في تلك السنة قالوا انما اجاب بفساد المزارعة في الكتاب لانه لم يتبين
الوقت لان اول وقت المزارعة في بلادهم غير معلوم وفي بلادنا معلوم لا يتقدم ولا يتأخر الا يسيرا الا ترى
ان وقت المعاملة ان كان معلوما لا يشترط فيها بيان الوقت استحسانا والفتوى في بيان الوقت على جواب
الكتاب وفي العتابية اذا دفع الكرم معاملة ففي القياس لا يجوز من غير بيان المدة وفي الاستحسان يجوز ويقع على
اول ثمرة تخرج من تلك السنة فعلى قول الاستحسان فرق محمد بين المزارعة والمعاملة على ثمرة وما وقع من غير بيان
المدة جائز ايضا ويقع على سنة واحدة يعني على زرع واحد وبه اخذ الفقيه ابو الليث رح وفي الابانة قال
الصدر الشهيد وعليه الفتوى كذا في التاتارخانية وعن محمد بن سلمة انها بلا ذكر المدة جائزة وتقع على اول
زرع واحد وبه اخذ الفقيه كما في الذخيرة وعليه الفتوى كما في الصغرى وبالاول يفتى كما في الواقعات كذا
في القهستاني وتعيين رب البذر يعني بيان من عليه البذر قطعا للمنازعة واعلاما للمعقود عليه وهو منافع الارض
ان كان البذر من قبل العامل او منافع العامل ان كان البذر من قبل رب الارض ففي الاول العامل مستأجر
للارض وفي الثاني رب الارض مستأجر للعامل فلا بد من بيان ذلك للاعلام وتعيين جنسه اي جنس البذر
ليصير الاجر معلوما اذ هو جزء من الخارج فلا بد من بيانه ليعلم ان الخارج من اي نوع ولو لم يعلم عسى ان لا يرضى
لانه ربما يعطي بذرا لا يحصل الخارج به الا بعمل كثير هذا وجه القياس وفي الاستحسان بيان ما يزرع في الارض
ليس بشرط فوض الرأي الى المزارع او لم يفوض بعد ان ينص على المزارعة فانه يفوض اليه وتعيين نصيب
الآخر لانه يستحقه عوضا بالشرط ولا بد ان يكون العوض معلوما والتخلية بين الارض والعامل لما في المضاربة
حتى لو شرط عمل رب الارض يفسد العقد لفوات التخلية والشركة في الخارج بعد حصوله لانه ينعقد شركة
في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد لانه يبقى اجارة محضة والقياس ابى جواز الاجارة المحضة
باجر معدوم وقال قاضي خان وينبغي ان يكون العامل يعرف الارض لانه اذا لم يعلم والاراضي متفاوتة لا يصير
العمل معلوما انتهى ولذا قال القهستاني والاكتفاء يشير الى ان علم المزارع بالارض لم يشترط وقد وجب العلم
بها فانه لم يتم الرضا بدونه كما في التتمة الا ان العقد قد يترك احد هذه الشروط والمشايخ استحسنوا جوازه
بمجرد ان يقول المزارع اعملها في ارضك مزارعة ويرضى الصاحب كما في الوقف كما في الجواهر
كذا في القهستاني ولذا اراد ان ترتفع الشبهة في المزارعة الفاسدة عند الكل او فيما فسدت عند ابي حنيفة وجاز

عند صاحبيه فالحيلة في ذلك ما حكي عن الشيخ الامام اسمعيل الزاهد قال يميز النصيبان نصيب رب الارض
ونصيب المزارع ثم يقول رب الارض للمزارع هذا نصيبي وقد وجب لي عليك اجر مثل الارض او نقصان
الارض ووجب لك علي اجر مثل عملك واجر ثيرانك فهل صالحتني على هذه الحنطة وعلى اجر مثل الارض او
نقصانها الذي وجب لي عليك فيقول المزارع صالحت ثم يقول المزارع لرب الارض وجب لك علي اجر مثل
ارضك او نقصانها ولي عليك اجر مثل عملي وثيراني وبذري فهل صالحتني بما وجب لك علي على ما وجب لي عليك وعلى
هذه الحنطة فيقول رب الارض صالحت فاذا قالا ذلك وتراضيا على هذا الوجه يزول الخبث لان الحق لهما
لا يعدوهما ويطيب لكل واحد منهما ما اصاب كذا في قاضي خان وهكذا نقله في التاتارخانية عن الكافي وتفسد
المزارعة ان شرطا لاحدهما قفزان معينة لان به قطع الشركة لان الارض عساها لا تخرج الا هذا القدر
وصار كاشتراط دراهم معدودة لاحدهما في المضاربة او ان شرط لاحدهما ما يخرج من موضع معين كالماذيانات
جمع الماذيان وهو اصغر من النهر واعظم من الجدول وقيل ما يجتمع فيه ماء السيل ثم يسقى منه الارض والسواقي
جمع الساقية وهو فوق الجدول ودون النهر لانه لعله لا يخرج الا من ذلك الموضع وعلى هذا اذا شرط لاحدهما
ما يخرج من ناحية معينة وللآخر ما يخرج من ناحية اخرى او ان يرفع قدر البذر يعني ان يرفع صاحب البذر
بذره ويكون الباقي بينهما نصفين لانه يؤدي الى قطع الشركة في بعض معين او في جميعه بان لم تخرج الا قدر
البذر او ان يرفع الخراج والارض خراجية ويقسم ما بقي لان الخراج معين بخلاف ما اذا شرط صاحب
البذر عشر الخارج لنفسه وللآخر والباقي بينهما لانه معين مشاع فلا يؤدي الى قطع الشركة او شرطا ان يكون التبن
لاحدهما والحب للآخر لانه عسى يصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن او ان يكون الحب بينهما والتبن
لغير رب البذر لانه شرط يؤدي الى قطع الشركة بان لا يخرج الا التبن واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط
او ان يكون التبن بينهما والحب لاحدهما بعينه لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب وان شرطا
كون الحب بينهما والتبن لرب البذر او شرطا رفع العشر والارض عشرية والباقي بينهما نصفين
صحت اما الاول فلكونه حكم العقد واما الثاني فلعدم ادائه الى قطع الشركة لكون العشر مشاعا وان لم
يتعرض للتبن فهو بينهما يعني لو شرطا الحب بينهما ولم يتعرضا التبن صحت لاشتراطهما الشركة فيما هو
المقصود ثم التبن ثم اختلفوا في التبن فقال مشايخ بلخ التبن بينهما ايضا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه
المتعاقدان ولانه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الاصل وقيل التبن لرب البذر لانه نماء ملكه وفي حق الاجنبي
لا الشرط والمفسد هو الشرط وهذا مسكوت عنه كذا في المحيط واذا دفع الرجل ارضه الى رجل على ان يزرعها
ببذره وبقره ويعمل فيها معه هذا الرجل الآخر فما اخرج الله تعالى من شيء فالثلث من ذلك لصاحب الارض
والثلث لصاحب البذر والعمل والثلث لصاحب العمل الذي لا بذر من جهته فهذه المزارعة فاسدة
وفي التجريد فالثلث لصاحب الارض والثلثان لصاحب البذر وعلى صاحب البذر اجر مثل عمله ولا يتصدق
واحد بشيء ولو كان البذر من قبل صاحب الارض والمسئلة بحالها فهذا جائز والثلث لصاحب
الارض والثلثان للعاملين وفي المحيط واراد بقوله المزارعة فاسدة الفساد في حق المزارع الآخر اما في
حق المزارع الاول فالمزارعة صحيحة ثم فساد المزارعة في حق الآخر لا يوجب فسادها في حق الاول لان المزارعة
الثانية غير مشروطة في المزارعة الاولى حتى لو كانت الثانية في الاولى بان كان على ان يعمل الرجل الآخر معه كانت المزارعة

الاولى

الاولى فاسدة عند بعض المشايخ وبه كان يفتي شمس الائمة السرخسي وقال بعض المشايخ لا يفسد المزارعة
الاولى وان كانت الثانية مشروطة في الاولى وفي الكافي واذا شرط ثلث الخارج للمساكين جازت المزارعة
وكان ما شرط للمساكين مشروطا لصاحب البذر فيكون لصاحب البذر الا انه يجب على صاحب الارض
فيما بينه وبين ربه ان يتصدق بذلك لان القاضي لا يجبره على ذلك ولا يوجب فساد المزارعة كذا في التاتارخانية
واجر الحصاد فيه الرفاع بالفتح والكسر رفع ما حصد من موضعه وجمعه في مكان والدوس والتذرية وهي تمييز
الحبوب بالريح عليهما اي على العامل ورب الارض بالحصص اي بقدر نصيبهما لان العقد انتهى بانتهاء الزرع بحصول
المقصود فيبقى مال الاشتراك بينهما بغير عقد فيكون مؤنته عليهما فان انفق احدهما عليه بغير اذن الآخر
ولا بامر القاضي فهو متبرع اذ لا ولاية له عليه ذكره في الاختيار فان شرطا هذه المذكورات على العامل فسدت
المزارعة واصله انه متى شرط في المزارعة ما ليس من اعمالها على احد المتعاقدين فسدت لانه شرط
لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحدهما ومثله يفسد الاجارة فكذا المزارعة لان فيها معنى الاجارة والفاصل
بين ما هو من اعمالها وغيره ان كل ما هو ينبت وينمي ويزيد في الخارج فهو من اعمالها وما لا فلا وعلى هذا الحصاد
والدياس والتذرية ورفعه الى البيدر اذا شرط شيء منها على احدهما فسدت في ظاهر الرواية وعن
ابي يوسف يصح روى اصحاب الاملاء عن ابي يوسف انها اذا شرطت على العامل جازت للتعامل اعتبارا
بالاستصناع وهو اختيار مشايخ بلخ وقال شمس الائمة السرخسي وهذا هو الاصح في ديارنا كذا في الهداية
وشروحها وعليه الفتوى ذكره في المختار والتحفة وشرطه على رب الارض مفسد اتفاقا لعدم التعارف
وكل شرط ينتفع به رب الارض بعد انقضاء المدة يفسدها ككري الانهار وطرح السرقين وبناء الحائط
وتثنية الكراب كذا في الاختيار قال في الهداية ولو اراد فصل القصيل او جذ التمر بسرا او التقاط الرطب
فذلك عليهما لانهما انهيا العقد لما عزما على الفصل والجذاذ بسرا فصار كما بعد الادراك انتهى وما قبل
الادراك كالسقي والحفظ فهو على المزارع وان لم يشترط والحاصل ان الاعمال ثلاثة ما كان قبل الادراك
كالسقي والحفظ وهو من اعمالها فيكون على العامل وما كان بعد الادراك قبل القسمة كالحصاد والدياس
ونحوها فيكون عليهما في ظاهر الرواية وما كان بعد القسمة كالحمل الى البيت والطحن واشباههما وهما
ليسا من اعمالها فيكون عليهما بالاجماع لكن فيما قبل القسمة على الاشتراك وفيما هو بعدها على كل واحد منهما
في نصيبه خاصة ليتميز ملك كل واحد منهما عن ملك الآخر فكان التدبير في ملكه اليه والمعاملة اي المساقات ايضا
على قياس هذا ولو اراد فصل الزرع قصيلا او جداد التمر بسرا او التقاط الرطب فذلك عليهما لانهما
انهيا العقد [illegible] كذا في [illegible] ولو ترك حفظ الزرع حتى افسد الدواب ضمن
وان لم يطرد الجراد حتى اكل الزرع ان كان الجراد بحال يمكن طرده ودفعه فاذا لم يدفع ضمن كذا في الخلاصة
واذا كان البذر والارض لاحدهما والعمل والبقر للآخر او الارض لاحدهما والبقية للآخر او العمل لاحدهما
والبقية للآخر صحت اما الاول فلان البقر آلة العمل فكانت تابعة له لا يقابلها اجرة فصار كما اذا استأجر
خياطا ليخيط بابرة الخياط حيث لا يقابل الابرة شيء واما الثاني فلانه استيجار الارض ببعض معلوم
من الخارج فيجوز كما استأجرها بدراهم معلومة واما الثالث فلانه استأجره للعمل بآلة المستأجر فصار كما
اذا استأجر خياطا ليخيط بابرة صاحب الثوب وطيانا ليطين بمره وان كانت الارض والبقر لاحدهما

والبذر والعمل للآخر بطلت في ظاهر الرواية لان المشروطات شيآن غير متجانسين لان منفعة البقر ليست من
جنس منفعة الارض وذلك لان منفعة الارض قوة في طبعها يحصل بها النماء ومنفعة البقر صلاحيته يقام
بها العمل وكل ذلك بخلق الله تعالى فلم يتجانسا فلا يمكن ان يكون احدهما تابعا للآخر بخلاف المتجانسين فان
الاشرف والاصل يجوز ان يستتبع الاخس والفرع وعن ابي يوسف انه يجوز ايضا لانه لو شرط البذر والبقر
على رب الارض جاز فكذا اذا شرط البقر وحده وصار كجانب العامل اذا شرط البقر عليه وفي الجواب ان البذر
اذا اجتمع مع الارض استتبعته للتجانس وضعف جهة البقر معهما فكان استيجارا للعامل واما اذا اجتمع
الارض والبقر فلم يستتبعه وكذا في الجانب الآخر فكان في كل من الجانبين معارضة من استيجار الارض
وغير الارض والعامل وغيره وكان باطلا كذا في العناية قال قاضي خان وعن ابي يوسف انه يجوز لمكان
العرف والفتوى على ظاهر الرواية لان منفعة الارض لا تجانس منفعة البقر فان منفعة الارض انبات البذر
لقوة في طبعها ومنفعة البقر العمل فلا يكون البقر تابعا للارض فبقي استيجار البقر مقصودا وذلك فاسد
كما كان لاحدهما البقر فقط انتهى وكذا لو كان البذر والبقر لاحدهما والارض والعمل للآخر او البذر لاحدهما
والباقي للآخر فذلك لعدم ورود الشرع به وفساد الاول لان كلا من البذر والبقر لما لم يصح عند
الانفراد لم يصح عند الاجتماع واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام وان لم يخرج شيء
من الارض فلا شيء للعامل لانه يستحقه شركة في الانتهاء ولا شيء له في غير الخارج ومن ابى عن المضي على العمل
بعد العقد اجبر الحاكم على العمل لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر سوى ما التزمه بالعقد لانه التزم اقامة العمل
وهو قادر عليها والعقد لازم من جهته بمنزلة الاجارة الا رب البذر فانه لو امتنع لم يجبر عليه لانه لا يمكنه المضي
على العقد الا بضرر يلزمه وهو استهلاك البذر في الحال فصار كمن استاجر رجلا ليهدم داره وان فسدت المزارعة
فالخارج لرب البذر لانه نماء ملكه واستحقاق الآخر منه بالتسمية وقد فسدت وللآخر اجر مثل عمله للعامل اذا
كان البذر من قبل العامل فلصاحب الارض اجر مثل ارضه لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد فيجب ردها
وقد تعذر فيصار الى المثل ولا مثل لها فيجب رد قيمتها فهل يزاد على قدر المشروط له من الخارج او لا فهو على الخلاف
ولا يزاد الاجر على ما شرط في العقد لانه رضي بسقوط الزيادة هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد فان
عنده له اجر المثل بالغا ما بلغ لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها وان فسدت
لكون الارض والبقر فقط لاحدهما لزم اجر مثلهما يعني لو جمع بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة كان على
العامل اجر مثل الارض والبقر هو الصحيح احترازا عن تاويل بعض اصحابنا القول محمد في الاصل لصاحب الارض
والبقر اجر مثل ارضه وبقره على صاحب البذر ان المراد به انه يجب اجر مثل الارض مكروبة اما البقر فلا يجوز
ان يستحق بعقد المزارعة بحال فلا ينعقد العقد عليه صحيحا ولا فاسدا ووجوب اجر المثل لا يكون بدون عقد
لان المنافع لا تتقوم دونه وجه الصحيح ان للبقرة مدخلا في الاجارة لجواز ايراد عقد الاجارة عليه في المزارعة
اجارة معنى فتنعقد المزارعة عليه فاسدا ويجب اجر المثل وان فسدت وقد كان البذر لرب الارض
فالخارج كله حل له لان النماء حصل في ارض مملوكة له وان كان البذر للعامل يتصدق بما فضل عن قدر بذره
واجرة الارض لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض فهو محتاج اليهما على ما جرت العادة احتياطا
بالغا فكان الخبث شديدا فاورث وجوب التصدق وعمل العامل وهو القاء البذر وفيه الجدار ولم يكن المثابة

لجواز

كان البذر من قبل رب الارض او الارض منه نعم اذا لم

لجواز حصوله بدونه كما اذا هبت الريح فالقت البذر في ارض او امطر السماء فكان ما تمكن به شبهة الخبث فلم
يورث وجوب ذلك والحاصل ان فساد الملك في منافع الارض اوجب خبثا فيه فما سلم له بعوض طاب له وما
لا عوض له يتصدق به واذا عقدت المزارعة وابى رب البذر عن المضي على العمل وقد كرب العامل الارض فلا شيء له
حكما اي لا شيء للعامل على رب البذر من عمل الكراب في القضاء ولكن يلزمه ان يسترضي العامل ديانة لانه غره
في الاستعمال يعني قال مشايخنا هذا الجواب في الحكم فاما بينه وبين ربه يفتى بان يعطي العامل اجر مثل عمله لانه
انما استعمل باقامة العمل ليزرع فيحصل له نصيبه من الخارج فاذا اخذ الارض بعدما اقام هذه الاعمال من كراب
الارض وحفر الانهار كان هو غارا للعامل فيلحقه الضرر والغرور والضرر مدفوع فيفتى بان يطلب رضاه
كذا في النهاية نقلا عن المبسوط واعلم ان ما ذكره من الشرائط ونحوها هو الحكم والديانة فان الحلال ما
يفتى به واما الطيب فما لا يعصي الله تعالى فيه ولا يتاذى حيوان بفعله كما ذكره الزاهدي في تفسيره وذكر
في الزاهدي في احكام القرآن للرازي من اخذ ارضا مزارعة او معاملة او زرع ارضه فحافظ على الصلوات في مواقيتها بجماعة
لكنه اخر صلاة واحدة عن وقتها لاشتغاله بالزراعة لا يكون زرعه طيبا وكذا لو زرع بلا طهارة او اخر الاجرة بعدما
جف عرقه او اخر اداء الثمن بعد حلول الاجل او اداه متفرقا بلا رضاء البائع ويستحب ان يبذره على الطهارة ثم
يقوم في ناحيته ويصلي ركعتين يقول اللهم انا عبد ضعيف وسلمت هذا اليك فسلمه لي وبارك لي فيها ثم يصلي على النبي
عليه السلام فانه تعالى يحفظ هذا الزرع عن آفاته ويبارك فيها واذا ادرك الزرع يجب ان يكون الكيال على طهارة
يستقبل القبلة والا لا يكون فيه بركة فاذا فرغ من كيله يصلي ثم يقول يا رب لقيت بذرا واعطيتني شيئا
كثيرا فاحفظها قوة طاعة ولا تجعلها قوة معصية واجعلني من الشاكرين وكذا في غرس الاشجار كذا في
القهستاني وتبطل المزارعة بعد الزرع بموت احدهما من المزارع ورب الارض قياسا على الاجارة وفي
الاستحسان يبقى العقد الى ان يستحصد الزرع نظرا للمزارع فانه في الزرع غير متعد فلو لم يبق العقد وانتقل
الارض الى ورثة ربها لقلعوا الزرع وتضرر به المزارع ولا يجوز الحاق الضرر على غير المتعدي فلو كان دفعها ثلاث
سنين فلما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يستحصد الزرع ويقسم على الشرط وتنتقض المزارعة فيما بقي من السنين
لان ابقاء العقد في السنة مراعاة الحقين بخلاف السنة الثانية والثالثة لانه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ
فيها على القياس وتفسخ بالاعذار كالاجارة فتفسخ ولا بد لصحة الفسخ من القضاء او الرضاء في رواية
الزيادات لانها في معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى ذلك ثم بعض
مشايخنا المتاخرون اخذوا برواية الزيادات وبعضهم اخذوا برواية الاصل وفي الخانية ومن الاعذار
ان يكون العامل سارقا خائنا ذكره في التاتارخانية ان لزم رب الارض دين محوج الى بيع الارض
قبل نبات الزرع اعلم انه اذا فسخ بعدما زرع العامل الارض الا انه لم ينبت حتى لحق صاحب الارض
دين فادح هل له ان يبيع الارض فيه اختلاف المشايخ قال بعضهم له ذلك لانه ليس لصاحب البذر في الارض
عين قائم لان التبذير استهلاك فكان بمنزلة ما قبل التبذير وقال بعضهم ليس له ذلك لان التبذير استنماء
وليس باستهلاك ولهذا يملكه الاب والوصي زراعة ارض الصبي ولا يملكان استهلاك ماله فكان للمزارع
في الارض عين قائم لا بعده ما لم يحصد فاذا فسخ وقد نبت الزرع ولم يستحصد بعد وحكمه ان لا يباع
الارض بالدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع وفي التاخير كان اضرارا بالغرماء

لكن التأخير اهون من الابطال ويخرجه الكافي من يجلس ان كان حبس في الدين لانه امتنع بيع الارض ولم يكن
متوطا لما في ذلك ويحبس جزاء الظلم ولا شيء للعامل ان كان كرب الارض وحفر النهر يعني ليس للعامل شيء بمقابلة
ما كرب الارض وحفر الانهار شيء لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب
شيء كذا في العناية وذكر في الذخيرة والوصي اذا اخذ ارض اليتيم مزارعة ذكر الفقيه ابو الليث لا رواية لهذه
المسألة عن اصحابنا واما الرواية في المضاربة انها تجوز قال نعم والجواب عندي في المزارعة على التفصيل ان كان
البذر من جهة الوصي تجوز وان كان من جهة اليتيم لا تجوز وعليه الفتوى كذا في التاتارخانية وان تمت مدتها
قبل ادراك الزرع فعلى العامل اجر مثل حصته من الارض حتى يدرك فلو كانت المزارعة بالنصف كان عليه
اجر مثل نصف الارض لان المزارعة لما انتهت بانقضاء المدة لم يبق للعامل حق في منفعة الارض وهو
يستوفيها بتربية نصيبه من الزرع الى وقت الادراك فلا يسلم له مجانا ونفقة الزرع وهي مؤنة الحفظ
والسقي وكري الانهار عليهما بقدر حصصهما حتى يستحصد كنفقة العبد المشترك العاجز عن الكسب وذلك
لانا لو امرنا العامل بقلع الزرع عند انقضاء المدة تضرر به وان ابقيناه بلا اجر تضرر رب الارض فابقيناه
بالاجر تعديلا للنظر من الجانبين والعمل عليهما وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض فانه يبقى الزرع بلا اجر
ولا اشتراك في النفقة والعمل واذا انقضت المدة واحتاج الزرع الى النفقة وايهما انفق بغير اذن الآخر
ولا امر قاض فهو متبرع لانه انفق على ملك الغير بغير امره وليس لرب الارض اخذ الزرع بقلا لما فيه من الاضرار
بالمزارع وان اراد المزارع ذلك قيل لرب الارض اقلع الزرع ليكون بينكما او اعطه قيمة نصيبه او انفق
انت على الزرع وارجع بما انفقت في حصته لان المزارع لما امتنع عن العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد
وجود المنهي نظر له وقد ترك النظر لنفسه ورب الارض مخير بين هذه الخيارات الثلاث لان بكل ذلك
يستدفع الضرر ولو مات رب الارض والزرع بقل فعلى العامل العمل الى ان يدرك الزرع لان العقد للاجارة
لما كان باقيا لبقاء مدته امكن استمرار العامل او وارثه على ما كان عليه من العمل وان مات العامل والزرع
بقل فقال وارثه انا اعمل الى ان يستحصد فله ذلك وان لم يصل الى رب الارض لانه لا ضرر على رب
الارض ولا اجر للوارث بما عمل لانا ابقينا العقد نظرا لهما فان اراد قلع الزرع لم يجبر على العمل وكان لك
على الخيارات الثلاثة المذكورة آنفا الا انه في هذه الصورة لو رجع بالنفقة رجع بكلها اذ العمل عليه مستحق لبقاء
العقد **فروع** الاكار رفع الخارج وبقي في الارض حبات حنطة قد تناثرت فنبتت وادرك فهو بين
الاكار وصاحب الارض على ما كان على قدر نصيبهما من الخارج لانه نبت من بذر مشترك بينهما وينبغي
للاكار ان يتصدق بالفضل من نصيبه ولو كان رب الارض سقاه وقام عليه حتى نبت كان له ذلك لانه
لما سقاه فقد استهلكه فان كان لتلك الحبات قيمة كان عليه ضمانها والا فلا وان سقاه اجنبي تطوعا كان
النابت بين الاكار وصاحب الارض كذا في قاضي خان ولو سقته السماء او نبت بغير السقي يكون مشتركا
بينهما كذا في الخلاصة وقال في المحيط مزارع زرع ثوما فقلع بعضها وبقي البعض غير مقلوع فهو بينه وبين
الارض واذا رفع المزارع الزرع من الارض وتناثر منها شيء فنبت بسقيه زرع آخر وادرك فهو بينه
وبين رب الارض على قدر نصيبهما ثم يتصدق الاكار بفضل نصيبه وفي النوازل يستحب للاكار ان يتصدق
بالفضل من نصيبه وروي عن محمد بن مقاتل في رجل سرق ماء فسقى الى ارضه او كرمه فانه يطيب له وهي

بمنزله

بمنزلة رجل غصب شعيرا او تبنا فسمن به دابته فعليه قيمة العلف فهو له طيب وفي العناية ولو سقى
ارضه او كرمه بماء حرام او نجس يطيب له ما خرج كمن له حمار يعلفه بعلف غيره فما اخذ من الكراء يطيب له
وفي الخانية رجل سقى ارضه او كرمه بماء مشترك في نوبة الغير بغير اذن صاحب النوبة قال محمد بن مقاتل يطيب له
الخارج وعن بعض الزهاد انه وقع الماء في كرمه في غير نوبته فامر بقطعه وقال الفقيه ابو الليث اني لا آمره بقطع الكرم
اذا شرب ماء بغير حق لكن لو تصدق به كان حسنا قال رضي الافضل له ان يتصدق بالخارج كذا في
التاتارخانية **كتاب المساقاة** كان من حقها التقديم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ولورود الاحاديث
في معاملة النبي عم اهل خيبر الا ان اعتراض موجبين صوب ايراد المزارعة قبل المساقاة احدهما شدة
الاحتياج الى معرفة احكام المزارعة لكثرة وقوعها والثاني كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة الى المساقاة
هي اي المساقاة هي المعاملة بلغة اهل المدينة ومفهومها اللغوي هو الشرعي فهي معاقدة دفع الشجر اي كل
نبات بالفعل او القوة يبقى في الارض سنة او اكثر الى من يصلحه بتنظيف السواقي والسقي والتلقيح
والتشذيب والتذود وحراسته وغيرها بان يقول دفعت اليك هذه النخلة مثلا مساقاة بكذا او يقول
ساقيتك فقبلت وقد اشير في الكافي الى ان ركنها الايجاب والقبول بجزء شائع من ثمره اي مما يتولد منه فيتناول
الرطبة وغيرها كذا في القهستاني وهي اي المساقاة كالمزارعة حكما وخلافا فهي غير جائزة عند ابي حنيفة وبه اخذ
زفر وجائزة عند ابي يوسف ومحمد وهو قول ابن ابي ليلى وقال الشافعي المعاملة جائزة والمزارعة لا تجوز الا
تبعا وذلك بان يكون النخيل والكرم في ارض بيضاء يسقى بماء النخيل فيأمر بان يزرع الارض بالنصف
لان الاصل في هذا المضاربة والمعاملة اشبه بها لان فيه شركة في الزيادة دون الاصل وفي المزارعة لو شرط
الشركة في الربح دون البذر بان شرط رفعه من رأس الخارج تفسد فجعلنا المعاملة اصلا وجوزنا المزارعة
تبعا لها كالشرب في بيع الارض والمنقول في وقف العقار والجواب ان ماس الحاجة الى تجويزها والعرف
الظاهر بين الناس في جميع البلدان الحقاها بالمضاربة فجازت مستقلة عن المعاملة وشروطها والمراد بها
الشروط التي يمكن وجودها في المساقاة فلا يرد بيان البذر ونحوه مما لا يمكن فيها الا المدة فانها ان بالمساقاة
تصح بلا ذكرها والقياس ان المدة شرط في المساقاة لانها اجارة معنى كما في المزارعة وفي الاستحسان تجوز وان
لم يذكر المدة وتقع مدة المساقاة على مدة اول ثمرة تخرج في هذه السنة لان الثمرة لادراكها وقت معلوم
وقل ما يتفاوت ويدخل فيه ما هو المتيقن بخلاف الزرع فان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وربيعا
والانتهاء بناء عليه فتدخله الجهالة وفي الرطبة على ادراك بذرها [illegible]
[illegible] للبذر [illegible] لو دفع رطبة قد انتهى جذاذها على ان يقوم عليها
حتى يخرج بذرها على ما رزق الله فهو بينهما جاز اذا كان البذر مما يرغب فيه وحده لانه يصير في معنى الثمر للشجر
وهذا لان ادراك البذر له وقت معلوم عند المزارعين فكان ذكره بمنزلة ذكر وقت معين والبذر يحصل
بعمل العامل فاشتراط المناصفة فيه يكون صحيحا والرطبة لصاحبها ولو دفع اليه نخلا او غرسا قد نبت
ولم يبلغ حد الاثمار معاملة لا يجوز الا ببيان المدة لانه يتفاوت بقوة الارض وضعفها تفاوتا فاحشا
او دفع اليه اصول رطبة ليقوم المساقي عليه يعني يذهب اصولها وينقطع نباتها او اطلق في الرطبة فلم يقل
حتى يذهب اصولها معناه اذا لم يكن للرطبة مدة معلومة فان كانت فهي جائزة كما لو اطلق في النخل فانه ينصرف

الى الثمرة الاولى فسدت المساقاة فيهما اما في النخل فلما مر واما في الرطبة فلانها تنمو ما تركت في الارض فجهلت
المدة ويفسد بما ذكر مدة لا تخرج الثمرة فيها لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج وان احتمل ان يخرج وعدمه في
المدة المذكورة جازت لانا لا نتيقن بفوات المقصود فان خرج الثمر فيها فعلى الشرط لصحة العقد وان تاخر
عنها اي عن المدة المسماة في العقد فسدت لانه تبين الخطأ في المدة فصار كما اذا علم ذلك في الابتداء وللعامل
اجر مثله لفساد العقد وكذلك ان اخرجت في تلك السنة ما لا يرغب فيه ذكره في الاختيار وكذا الحكم في كل موضع
فسدت المساقاة فيه لانه مقتضى فساد العقد كما عرف في الاجارة وان لم يخرج شيء اصلا فلا شيء له
لان الذهاب بآفة سماوية فلا يتبين فساد المدة فبقي العقد صحيحا فلا شيء لكل واحد منهما على صاحبه وتصح
المساقاة في النخل والكرم والشجر والرطاب واصول الباذنجان وخص الشافعي جوازها بما ورد فيه الاثر
وهو حديث خيبر وكان في النخل والكرم ولنا ان الجواز للحاجة وقد عمت وعموم العلة يقتضي عموم الحكم ولا
نسلم ان اثر خيبر خصهما لان اهلها يعملون في الاشجار والرطاب ايضا ولئن سلمنا ذلك لكن الاصل
في النصوص التعليل لا سيما على اصله فان بابه عنده واسع لانه يرى التعليل بالعلة القاصرة وبكل وصف قام
الدليل على كونه جامعا بين الاوصاف واما نحن فلا نجوزه بالعلة القاصرة ونشترط قيام الدليل على ان
هذا النص بعينه معلول وموضعه اصول الفقه وليس لصاحب الكرم ان يخرج العامل من غير عذر لانه لا ضرر
عليه في الوفاء بالعقد وكذا ليس للعامل ان يترك العمل بغير عذر بخلاف المزارعة بالاضافة الى صاحب البذر
فان كان في الشجر ثمر ان كان يزيد الثمر بالعمل كالطلع والبلح والبسر ونحو ذلك صحت ليكون لعمله اثر
يستحق به شيئا من الخارج وان لا اي ان لم يزد بان دفعها وقد انتهت الثمر في العظم ولا يزيد بعمله فلا تصح وكذا
في المزارعة لو دفع ارضا فيها زرع بقل صحت وان كان قد استحصد وادرك لا تصح لان العامل انما يستحق بالعمل
ولا اثر للعمل بعد التناهي والادراك ولو جوزناه لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع وما قبل الادراك كالسقي
والتلقيح والحفظ فعلى العامل فقط وما بعده اي بعد الادراك كالجذاذ والحفظ فعليهما ولو شرط ذلك على العامل
فسدت اتفاقا وقد مر في المزارعة وتبطل المساقاة بموت احدهما لانها في معنى الاجارة وهذا وجه القياس
وسيأتي وجه الاستحسان فان كان الثمر خاما اي نيا وهو ضد النضيج عند الموت او عند تمام المدة يقوم العامل
او وارثه بعده عليه ان للوصل الى الدافع او ورثته يعني ان مات رب الارض والخارج ني فللعامل او لوارثه
ان يقوم على العمل كما كان يقوم قبل ذلك الى ان يدرك الثمر وان كره ذلك ورثة رب الارض استحسانا
فيبقى العقد دفعا للضرر عن العامل ولا ضرر فيه على الآخر فان اراد [illegible] العامل او وارثه صرمه اي قطعه
بسرا والتزم الضرر خير الآخر اي الدافع او وارثه بين ان يقسموه اي البسر على الشرط او يدفعوا قيمة
نصيبه من البسر او ينفقوا على البسر حتى يبلغ ويرجعوا بذلك على العامل في حصته من الثمر كما في المزارعة لانه
ليس له الحاق الضرر بهم ولو مات العامل فلورثته ان يقوموا عليه لقيامهم مقامه وان كره رب الارض لان فيه
النظر من الجانبين وان ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل لقيامهم مقامه فان قيل ان للمورث خيار وقد مات
والخيار لا يورث اجيب بان هذا خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك لا ان يكون
وارثه في الخيار وان ابى ورثة العامل ان يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الارض واذا انقضت
مدة المعاملة والخارج بسر اخضر فهذا وصورة الموت سواء فالعامل بالخيار ان شاء قام عليه الى ان يدرك

لكن بغير اجر لان الشجر لا يجوز استيجاره بخلاف المزارعة لان الارض يجوز استيجارها وكذلك العمل كله على
العامل هنا وفي المزارعة في هذا عليهما لانه لما وجب اجر مثل الارض بعد انتهاء المدة على العامل لم
يستحق عليه العمل وهنا لا اجر له فجاز ان يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها ولا تفسخ المساقاة
بلا عذر لان المساقاة تلزم من الجانبين وتفسخ به كما في الاجارة ومرض العامل اذا عجز عن العمل عذر
فتفسخ به لانه يلزمه الاستيجار بزيادة اجر وانه ضرر لم يلتزمه وكذا كونه اي العامل سارقا يخاف منه
على الثمر او السعف بالتحريك جمع سعفة وهو غصن النخل ولا يخفى ان سرقة السعف والحطب
وثمر الشجر قبل الادراك عذر تفسخ به لانه يلزم المالك ضررا لم يلتزمه ومعلوم ان الضرر يدفع بما امكن
الطرق ومنه الفسخ ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان في احديهما لا يكون
عذرا ويجبر على ذلك لان العقد لازم لا يفسخ الا من عذر وهو ما يلحق به ضرر وهنا ليس كذلك وفي الاخرى
عذر وتأويله ان يشترط العمل بيده فاذا ترك هذا العمل كان عذرا اما اذا دفع اليه النخيل على ان يعمل فيها
بنفسه وباجرائه فعليه ان يستخلف غيره فلا يكون تركه العمل عذرا في فسخ المعاملة ومن دفع فضاء اي
ارضا بيضاء ليس فيها شجر مدة معلومة لمن يغرس فيها شجرا لتكون الارض والشجر بينهما لا يصح
لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة وهو الارض ويكون جميع الشجر والثمر لرب الارض
لانه غرس برضاه ورضا صاحب الارض فصار تبعا للارض وللغارس قيمة غرسه واجر مثل عمله
لانه في معنى قفيز الطحان اذ هو استيجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فكان فاسدا
وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض فانه لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليما للشجر بل يكون تسليما
لقطعة خشبة ولم يكن هو مشروطا بل المشروط تسليم الشجر فلما لم يمكن تسليمها شجرا اوجب قيمتها
واجر مثله لانه لا يدخل في قيمة الغراس لانها اعيان متقومة بنفسها لا مجانسة بينها وبين عمل العامل لانه
متقوم بالعقد لا قيمة له في نفسه وفي تخريج المسألة طريق آخر ذكره صاحب الهداية في كفاية المنتهى
وهو شراء رب الارض نصف الغراس من العامل بنصف ارضه او شراء جميع الغراس بنصف ارضه
ونصف الخارج فكان عدم جواز هذا العقد لجهالة الغراس نصفها او جميعها لكونها معدومة عند العقد
لا لكونه في معنى قفيز الطحان قال صاحب الهداية الاول اصحهما لانه نظير من استاجر صباغا ليصبغ ثوبه
بصبغ نفسه على ان يكون نصف المصبوغ للصباغ فان الغراس آلة يجعل الارض بها بستانا كالصبغ
للثوب فاذا فسدت الاجارة بقيت الآلة متصلة بملك صاحب الارض وهي متقومة فيلزمه قيمتها كما يجب
على صاحب الثوب قيمة ما زاد الصبغ في ثوبه واجر مثل عمله كذا في الغاية **كتاب الذبائح** المناسبة
بين المساقاة والذبائح ان في كليهما اصلاح ما لا ينتفع به بالكل في الحال للانتفاع في المآل اعلم ان العراقيين
ذهبوا الى ان الذبائح محظور عقلا ولكن الشرع احله لان فيه اضرارا بالحيوان وقال شمس الائمة هذا عندي
باطل لان رسول الله صلى الله عليه وسلم تناول اللحم قبل مبعثه ثم المحظور العقلي ضربان ما يقطع بتحريمه
فلا يرد الشرع باباحته الا عند الضرورة وما فيه نوع تجويز من حيث تصور منفعة فيجوز ان يرد الشرع
باباحته ويقدم عليه قبله نظرا الى النفع كالحجامة للاطفال وتداويهم بما فيه الم لهم والذبائح جمع ذبيحة
والذبيحة بمعنى المذبوحة اسم ما يذبح اي حيوان من شانه ان يذبح فيخرج السمك والجراد اذ ليس من شانهما

الذبح فيحل الآن بلا ذبح ويدخل المتردية والنطيحة ونحوهما فلا تحل لفقد الذبح والذبح في اللغة التذكية والزكوة
اسم لها وفي الشرع قطع الاوداج الودجين والحلقوم والمرئ ففيه تغليب فلابد منه حتى ينتظم مذهب
الامام فتدبر اعلم ان الزكوة شرط حل اكل ما يؤكل مما من شانه ان يذبح من الحيوان لقوله تعالى الا ما ذكيتم بعد
قوله حرمت عليكم الميتة والدم الآية استثنى من حرمة المذكى فيكون حلالا ولان غير المذكى ميتة وهي منصوص
عليها بالحرمة ولان الدم حرام النجاسة لما تكون وهو غير متميز من اللحم وانما يتميز بالذكوة فلابد منها ليتميز
النجس من الطاهر وكما يثبت بالذكوة الحل في المأكول يثبت الطهارة في غيره لان الذكوة تنبئ عن الطهارة
ومنها قوله عليه السلام ذكوة الارض يبسها يعني انها اذا يبست من رطوبة النجاسات طهرت وكما
كان الذبيحة بالذكوة تطهر وتطيب [illegible]
وكما يطهر لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسد عندنا ثم قيل لا يجوز الانتفاع به في غير الاكل
اعتبارا بالاكل وقيل يجوز وفي الواقعات وكل ذي ناب يطهر جلده الا الخنزير وكذا لحمه طاهر ولو
القي في الماء لا ينجس الماء ولو صلى مع ذلك اللحم يجوز وعليه الاعتماد ذكره في التاتارخانية ولكن التحقيق
ما نقلنا من المعتبرات في كتاب الطهارة ان لحم السباع لا يطهر بالذكوة وقد قال في الملتقى اختيار المحققين
ان لحم سباع البهائم نجس لا يطهر بالذكوة قال حسن جلبي في حاشيته ان ذكر في الهداية طهره فتذكر
ثم الذكوة اما اختيارية كالجرح فيما بين اللبة وهي الصدر واللحيين او اضطرارية وهي الجرح في اي موضع
كان من البدن والثاني كالبدل عن الاول لانه لا يصار اليه الا عند العجز عن الاول وهذا آية البدلية وهذا لان الاول
اعمل في اخراج الدم والثاني اقصر فيه فاكتفى به عند العجز عن الاول اذ التكليف بحسب الوسع وتحل ذبيحة
مسلم لقوله تعالى الا ما ذكيتم خطابا بالمسلمين وكتابي ذمي او حربي عربي او تغلبي لقوله تعالى وطعام الذين
اوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم قال القهستاني فحل ذبح الذمي كذبح الابرص بلا كراهة لكن في طبخه
وان كان غيره اولى كما في المنية واعلم ان ذبيحة الكتابي مطلقا حلال اذا اتى به مذبوحا واما اذا ذبح بالحضور
فلابد من شرط ان لا يذكر غير اسم الله تعالى [illegible] كاسم عزير والمسيح فاذا ذكر غيره فلا يحل لقوله تعالى وما اهل
لغير الله قال قاضي خان ذبيحة اليهود والنصارى حلال وان كان الكتابي حربيا الا ان يسمع منه انه يسمي
عليه المسيح فاذا سمع منه ذلك لا يحل لانه اهل به لغير الله وقال بعض اصحاب الشافعي انها تحل انتهى
ولو كان الذابح امرأة او صبيا قال قاضي خان الصبي الذي يعقل التسمية ذبحه لانه من اهل التسمية ويصح
اسلامه وان كان لا يعقل لا يحل لانه لا يتحقق منه التسمية على الخلوص انتهى او مجنونا قال في النهاية او معتوها لان
المجنون لا قصد له ولابد منه لان التسمية شرط بالنص وهي بالقصد ولذا قال يعقلان التسمية ان يعلم
ان حل الذبيحة بها وشرائط الذبح من فري الاوداج والحلقوم ويقدر على ذلك ويحسن القيام به ذكره في الكافي
قال في الهداية اما اذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية فالذبيحة لا تحل لان التسمية على الذبيحة شرط بالنص
وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا او اخرس لانه عاجز عن التسمية بحكم الخرس فيعتبر بالعجز بحكم النسيان
او اقلف عند العامة وقال ابن عباس شهادة الاقلف وذبيحته لا يجوز لا ان لا يحل ذبيحة وثني لانه
لا يعتقد الملة والشرط ان يكون للذابح ملة ولو دعوى او مجوسي لقوله عليه السلام سنوا بهم
سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم ولانه لا يدعي التوحيد فانعدمت الملة اعتقادا

ودعوى

ودعوى او مرتد لانه لا ملة له فانه لا يقر على ما انتقل اليه بخلاف الكتابي اذا تحول الى غير دينه من اديان اهل
الكتاب فانه يقر عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله اما اذا تمجس اليهودي او النصراني فلا تؤكل ذبيحته
ولا صيده ولا يحل ما ذبحه المحرم من الصيد سواء ذبحه في الحل او في الحرم وكذا لا يحل ما ذبح في الحرم سواء كان
الذابح حلالا او حراما لان الذكوة فعل مشروع وهذا الصنع محرم فلم يكن ذكوة بخلاف ما اذا ذبح المحرم غير الصيد
او ذبح في الحرم غير الصيد لانه فعل مشروع اذ الحرم لا يؤمن الشاة وكذا ذبح غير الصيد لا يحرم على المحرم ذكره
في الهداية وذكر في السراجية نصراني ذبح صيدا في الحرم لم يحل ذكره في التاتارخانية او تارك التسمية عمدا فان تركها
ناسيا يحل والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء وان ترك الذابح التسمية عند الذبح اختيارا بان كان او
اضطرارا عامدا او ناسيا قال الشافعي بشمول الجواز ومالك بشمول العدم وعلماؤنا فصلوا ان تركها عامدا
فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا اكل للشافعي قوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله سمى او لم
يسم سوى بين التسمية وعدمها والشرط لا يكون كذلك ولان التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقطت بعذر
النسيان كالطهارة في الصلوة فانها لما كانت شرطا لم تجز صلوة من نسي الطهارة لكنها سقطت
بالعذر سلمنا انها شرط لكن الملة اقيمت مقامها كما في الناسي والجواب عن حديثه انه محمول على حالة النسيان
دفعا للتعارض بينه وبين حديث عدي بن حاتم الطائي فانه عم قال في آخره فانك انما سميت على كلبك
ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية وعن الاستدلال بان المسلم كالطهارة فانها تفضي الى التسوية
بين العمد والنسيان وهذه التسوية موجودة فيما اذا كان على الناسي هيئة مذكرة كالاكل في الصلوة
والجماع في الاحرام وههنا ان لم تكن هيئة توجب النسيان وهي ما يحصل للذابح عند زهوق روح حيوان
من تغير الحال فليس هيئة مذكرة بوجوده وعن التنزل بان اقامة الملة مقام التسمية في حق الناسي وهو
معذور لا تدل في حق العامد ولا عذر له مع ان قول الشافعي مخالف للاجماع فانه لا خلاف فيمن كان قبله
في حرمة متروك التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا فمن مذهب ابن عمر انه يحرم
ومن مذهب علي وابن عباس انه يحل ولذا قال ابو يوسف والمشايخ ان متروك التسمية لا يسع فيه الاجتهاد
ولو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفا للاجماع ولمالك ظاهر قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله
عليه والجواب عنه انه غير مجرى على ظاهره اذ لو اريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر
الاول لان ظاهر ما يدل عليه الالفاظ لا يخفى على اهل اللسان وفي ذلك ايضا من الحرج ما لا يخفى اذ الانسان
كثير النسيان والحرج مدفوع بقوله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج فيحمل على حالة العمد دفعا للتعارض
ولنا قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ووجه الاستدلال ان السلف اجمعوا على ان المراد به الذكر حال
الذبح لا غير وصلته على تدل على ان المراد به الذكر باللسان يقال ذكر عليه اذا ذكر باللسان وذكره اذا ذكر بالقلب
وقوله تعالى لا تاكلوا وان كان عاما مؤكدا بمن الاستغراقية لكن الشرع جعل الناسي ذاكرا لعذر كان من جهته
وهو النسيان فانه من الشارع باقامة الملة مقام الذكر دفعا للحرج وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال
البازي والكلب وعند الرمي لكنها في ذكوة الاختياري يشترط عند الذبح وهي على المذبوح وفي الاضطراري في الصيد
يشترط عند الارسال والرمي وهي على الآلة وسياتي الفروع عليهما وكره للذابح ان يذكر عند الذبح مع اسم الله تعالى
غيره دون العطف وان يقول بسم الله اللهم تقبل من فلان وههنا ثلاث مسائل احديها ان يذكر موصولا لا معطوفا

فيكره ولا يحرم الذبيحة ونظيره ان يقول بسم الله محمد رسول الله برفع الدال على الابتداء لان الشرك لم يوجد
لانه كلام مستأنف غير متعلق بالذبيحة فلم يكن الذبح واقعا له بل وقع خالصا لله تعالى الا انه يكره لوجود القران
صورة فيتصور بصورة المحرم والثانية ان يقول مفصولا عنه صورة ومعنى فاشار اليه بقوله فان قال اي
قال الذابح اللهم تقبل من فلان قبل الاضجاع او قبل التسمية ويكره ان يدعو بعد التسمية قبل الذبح بالتقبل
وغيره لان الواجب تجريد التسمية ولم يجرد او بعد الذبح لا يكره لما روي عن النبي عليه السلام انه قال بعد
ذبح الاضحية اللهم تقبل هذه عن امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ في التحفة ينبغي ان يدعو قبل التسمية
او بعد الفراغ عنها منفصلا عنها او بعد الذبح لورود الاثر كذا في القهستاني قال صاحب المحيط ويكره ان يدعو بعد التسمية قبل الذبح
بالتقبل وغيره لان الواجب تجريد التسمية ولم يجرد انتهى والثالثة ان يذكر موصولا على وجه العطف والشركة
وقد اشار اليه بقوله وان عطف غيره على التسمية فيحرم نحو ان يقول عند الذبح بسم الله وفلان بالجر
او يقول بسم الله واسم فلان او بسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال فيحرم الذبيح لانه اهل به لغير الله تعالى هكذا
ذكر في النوازل قال بعضهم هذا اذا كان يعرف النحو ويلحن به في كلامه وقال بعضهم على قياس ما روي عن
محمد انه لا يرى خطأ في النحو معتبرا في باب الصلوة وكونها لا يحرم الذبيح ذكره في المحيط ولو قال بسم الله وباسم
فلان قال ابرهيم بن يوسف تكون ميتة وهو الصحيح وقال محمد بن سلمة لا يصير ميتة لانه لو صار ميتة
يصير الرجل كافرا ذكره قاضي خان ثم اشار الى الفروع على شرطي التسمية الاختيارية والاضطرارية
بقوله وكذا اي يحرم ان اضجع شاة وسمى وتركها وذبح غيرها بتلك التسمية وان اضجع شاة وسمى
عليها وفي يده شفرة فرماها ثم ذبحها بشفرة اخرى من غير تجديد التسمية عليها حلت وان رمى الى صيد
وسمى فاصاب غيره اكل وان سمى على سهم ورمى بغيره لا يؤكل وفي المحيط واذا اضجع شاة ليذبحها
وسمى عليها ثم كلم انسانا او شرب ماء او حدد سكينا او اكل لقمة او ما اشبه ذلك من عمل لم يكثر حلت
بتلك التسمية وان طال الحديث وكثر العمل كره اكلها وليس في ذلك تقدير بل ينظر فيه الى العادة فان
استكثره الناس في العادة يكون كثيرا وان كان يعد قليلا فهو قليل وفي الارسال اي ارسال الكلب والبازي
الى الصيد كالرمي لان السهم نظير الكلب من انه آلة يعمل منفصلا عن صاحبه والاصل ان التسمية في ذكوة الاختيار
مشروطة على الذبيح شرعا لا على الآلة لما تلونا ولقوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف فاذا تبدلت الذبيحة
ارتفع حكم التسمية وفي ذكوة الاضطرار كما في الرمي والارسال مشروطة على الآلة لما روينا حديث
عدي ولقوله عم اذا رميت سهمك فذكرت اسم الله عليه فكل فما لم يتبدل الآلة فالتسمية باقية واذا تبدلت
ارتفع حكمها فاحتاج الى تسمية اخرى ذكره في المحيط والاختيار وفي الشرط لحل المذبوح الذكر الخالص اي ذكر الذابح
اسم الله تعالى على الذبيحة عند الذبح لله تعالى ويدخل فيه كل اسم من اسماء الله تعالى فلو قال الله او غيره مريدا له جاز كما
في الهندية فلو سمى ولم ينو الذبح لم يحل كما في الكبرى والاحسن بسم الله كما في التشفع واستحب عند البقالي بسم الله
والله اكبر وكذا عند الحلواني الا انه كره مع الواو كما في المحيط وما قال البقالي هو المتداول منقول عن ابن عباس
كما هو في الهداية وانما قلنا ذكر الذابح لانه لو سمى غيره لم يحل كما في المحيط وانما قلنا على الذبيحة لانه لو سمى
عند الذبح لافتتاح عمل لم يحل وانما قلنا عند الذبح لانه اذا فصل بينه وبين التسمية بعمل كثير لم يحل
وانما قلنا لله تعالى لانه لو سمى وذبح لقدوم الامير او غيره من العظماء لا يحل لانه ذبح تعظيما له لا لله تعالى ولهذا

في الكفاية بمقدار وضوء او صلوة

لايضنع

ليأكل بل يدفعه لغيره بخلاف ما اذا ذبح للضيف فانه لله تعالى ولهذا يضنع بين يديه
لا يصنع بين يديه ليأكل كل في الزاهدي كذا في القهستاني واذا ذكر التسمية بدون ذكر الهاء ان اراد به التسمية
يحل الذبح ويكون ترك الهاء على سبيل الترخيم وانه شائع في كلام العرب وان لم يرد بالتسمية لا يحل في
ما بين المسلمين في النوازل وفي المسئلة نوع اشكال فان المنقول عن ائمة اللغة والمذكور في كتبهم ان الترخيم
لا يجوز الا في اسم النداء وفي تحاور لمن سمع المؤذن يقول الله اكبر فقال الله اكبر للافتتاح لم تجز صلوته
ما لم يقصدها وسئل ابو القاسم عمن قال بسم الله عند الذبح ولم يظهر الهاء قال لا يجوز وقال الفقيه ان
لم يقصد ترك الهاء جاز وان لم يرد لا يحل ذكره في التاتارخانية فلو قال تفريع قوله الخالص يعني لو قال الذابح
عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لانه فيه دعاء وسؤال او قال ابن مسعود جردوا التسمية وبالحمد لله وسبحان
الله يعني لو قال الذابح عند الذبح يريد التسمية الحمد لله او سبحان الله يحل لتحقق الخلوص لا لو عطس
فحمد له يعني لو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في اصح الروايتين لانه يريد به الحمد على نعمه دون التسمية
وما تداولته الالسن عند الذبح وهو قوله بسم الله والله اكبر منقول عن ابن عباس في قوله تعالى فاذكروا اسم الله
عليها صواف كذا في الهداية قال قاضي خان ولو قال مكان التسمية الحمد لله او سبحان الله او قال الله اكبر
يريد به التسمية جاز وان اراد به التحميد لا يحل لان الشرط ذكر اسم الله تعالى على الذبح وذلك انما يتحقق
بالقصد ولو عطس فقال الحمد لله يريد به التحميد على العطاس دون التسمية وذبح لا يحل بخلاف الخطيب اذا عطس على
المنبر فقال الحمد لله فانه يجوز به الجمعة في احدى الروايتين عن ابي حنيفة لان المأمور به في الجمعة ذكر اسم الله مطلقا
وههنا الشرط ذكر اسم الله تعالى على الذبح ولو قال بسم الله ولم يحضره النية او اراد به التسمية على الذبح
حل اما اذا نوى التسمية على الذبح فظاهر واما اذا لم يكن له نية فكذلك عند العامة وهو الصحيح وان لم يرد
التسمية على الذبح وانما اراد به شيئا آخر لا يحل لانه نوى غير ما امر به انتهى كلام قاضي خان وهكذا في المحيط
والسنة نحر الابل النحر قطع العروق في اسفل العنق عند الصدر وذبح البقر والغنم الذبح قطعها في
اعلاها تحت اللحيين قال تعالى فصل لربك وانحر قالوا المراد نحر الجزور وقوله تعالى ان الله يأمركم ان تذبحوا بقرة
وقال تعالى وفديناه بذبح عظيم والذبح ما يذبح وكان كبشا وهو المتوارث من فعل النبي عليه السلام والصحابة
الى يومنا هذا ولاجتماع العروق في الابل في المنحر وفي البقر والغنم في المذبح ويكره العكس وهو ذبح الابل
ونحر البقر والغنم لمخالفته السنة ويحل لوجود شرط الحل وهو قطع العروق وانهار الدم والكراهة
بمعنى في غير الذبح وهو ترك السنة فلا يمنع الجواز والحل خلافا لما يقوله مالك انه لا يحل لمخالفة
المشروع وفي الجامع الصغير لحامي السنة في الجزور ان تنحر قائما وفي البقر والشاة ان تذبح مضطجعة
ذكره في التاتارخانية والذبح بين الحلق واللبة اي مبدأه من العقدة الى مبدأ الصدر يدل عليه كلام النهاية
والكفاية والكرماني فاللبة بالفتح المنحر والحلق في الاصل الحلقوم زيد الواو والميم كما في القاموس والكرماني
وغيره استعمل في بعض العنق بعلاقة الجزئية بقرينة رواية المبسوط والذخيرة وكلام التحفة والعتابي
والكافي والمضمرات يدل على ان الحلق يستعمل في العنق بعلاقة الجزئية بقرينة رواية الجامع فالمعنى بين
مبدأ الحلق واللبة كذا في القهستاني على الحلق او اسفله او وسطه فيجوز الذبح ولو كان فوق العقدة
التي في اعلى الحلقوم وقيل لا يجوز الذبح فوق العقدة قال في الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الحلق كله
وسطه واعلاه واسفله والاصل فيه قوله عليه السلام الذكاة ما بين اللبة واللحيين وهو يقتضي جواز الذبح

فوق العقدة لانه يصدق عليه انه ذبح بين اللبة واللحيين وهو دليل ظاهر للامام الرستغفني في حل ما بقي عقدة
الحلقوم مما يلي الصدر ورواية المبسوط اشارة اليه ولكن صرح في ذبائح الذخيرة ان الذبح اذا وقع اعلى
من الحلقوم لا يحل وكذلك في فتاوى اهل سمرقند لانه ذبح في غير المذبح وهو مخالف لظاهر الحديث كما ترى
ولان ما بين اللبة واللحيين مجمع العروق والمجرى فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على ابلغ الوجوه وكان
حكم الكل سواء ولا عبرة بالعقدة كذا في العناية قال الرستغفني يجوز الذبح فوق العقدة لقطع اكثر الاوداج
وبه اخذ استاذ السغناقي وقال ان الرستغفني امام معتمد في القول والعمل فلو اخذنا يوم القيامة
اخذناه كما في النهاية وفيه انه اذا كان الرستغفني مجتهدا يثاب على ذلك مخطئا وكذا التابع له واما لم يكن
مجتهدا لم يجز ان يؤخذ به كما تقرر والعروق التي تقطع في الذكوة اربعة الحلقوم وهو مجرى النفس والمرئ
على وزن فعيل مهموز اللام مجرى الطعام والشراب والودجان تثنية ودج بفتحتين عرقان عظيمان
في جانبي قدام العنق بينهما الحلقوم والمرئ ويكفي في حل الذبح قطع ثلثة منها اي من هذه الاربعة ايا كانت
عنده وعند محمد لا بد من قطع اكثر كل واحد منها وهو رواية عن الامام ابي حنيفة فلو قطع النصف كره تحريما
كما في الخانية وغيره والاول اصح كما في المضمرات وعند محمد حل بقطع الاولين واكثر الآخرين وهو الاصح
على ما قال مشايخنا كما في المحيط وفي الاكتفاء اشعار بانه لا يشترط خروج الدم ولا الحركة لكن ان لم يعلم
حيوته يشترط احدهما كما في الظهيرية وقال بعضهم العبرة للدم على كل حال وقال بعضهم للجراحة كما في النظم
كذا في القهستاني وعند ابي يوسف في قوله الاخير لا بد من قطع الحلقوم والمرئ واحد الودجين وكان قوله
الاول انه اذا قطع الثلاث من الاربعة اي ثلاث ما يحل اكله وقيل محمد معه اي مع ابي يوسف اعلم ان العلماء اختلفوا
في اشتراط ما يقطع من العروق للحل فذهب الشافعي الى الاكتفاء بالحلقوم والمرئ وذهب مالك الى
اشتراط قطع جميعها وذهب ابو يوسف الى اشتراط قطع الحلقوم والمرئ واحد الودجين حين رجع
اليه بعد ما كان قوله كقول ابي حنيفة كما نذكره وذكر القدوري انه قول محمد ايضا وقال في الهداية المشهور في كتب
مشايخنا ان هذا قول ابي يوسف وحده وذكر عن محمد انه يعتبر اكثر كل فرد منها وهو رواية عن ابي حنيفة فقد
اكتفى بقطع الثلاث ايها كانت وهي ثلاثة اوجه وان قطع الجميع فهو اولى وهو وجه رابع والاصل
في ذلك قوله عليه السلام افر الاوداج بما شئت والفري القطع للاصلاح والافراء القطع للافساد فيكون
كسر الهمزة انسب ولهذا قال صاحب الهداية بعد هذا لورود الامر بفريه للشافعي انه جمع الاوداج وما ثمه
الا الودجان فدل على ان المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم والمرئ لان الحيوان لا يعيش
بعد قطعهما وهو ضعيف لفظا ومعنى اما لفظا فلان الاوداج لا دلالة لها على الحلقوم والمرئ اصلا واما
المعنى فلان المقصود اسالة الدم النجس وهو انما يحصل بقطع مجراه ولمالك ظاهر دلالة اللفظ فانه يقتضيه
فان الاوداج جمع قلة واقله ثلاثة فيتناول المرئ والودجين وقطع هذه الثلاثة بدون قطع الحلقوم
متعذر فيثبت قطع الحلقوم بالاقتضاء وجوابه سيجيء ولابي يوسف ان المقصود من قطع الودجين
انهار الدم فينوب احدهما مناب الآخر اذ كل منهما مجرى الدم اما الحلقوم فيخالف المرئ فان المرئ مجرى
العلف والماء والحلقوم مجرى النفس وفي بعض نسخ الهداية بالعكس وليس بجيد فلا بد من قطعهما وهو
قريب وجوابه سيجيء ولمحمد ان كل فرد منها اصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه والاكثر

يقوم

يقوم مقام الكل فيعتبر اكثر كل من الامور الاربعة وهو اقرب كما ترى ولابي حنيفة ان الاكثر يقوم مقام
الكل في كثير من الاحكام واي ثلاث قطعها فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بقطعها وهو انهار الدم
المسفوح والتعجيل في ازهاق الروح لانه يحيى بعد قطع مجرى النفس او الطعام ويخرج الدم بقطع احد
الودجين فيكتفي به تحرزا عن زيادة التعذيب بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق فكانه لم يقطع شيئا
احتياطا لجانب الحرمة كذا في العناية ويجوز الذبح بكل ما افرى اي قطع الاوداج وانهر اي اسال الدم ولو مروة
وهي حجر ما ابيض كالسكين يذبح بها او ليطة وهي بكسر اللام قشر القصب او ذهبا او فضة او صفرا
او خزفا او قيفا او خشبا محددا او قرنا او سنا او ظفرا منزوعين وان كره في الثلاثة الاخيرة لا ه
بالقائمين وقال الشافعي هو ميتة لقوله عليه السلام كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر
والسن فانها مدى الحبشة استثناهما بالاطلاق عما يجوز اكله فيتناول الحرمة المنزوع والقائم ولنا
قوله عليه السلام افر الاوداج بما شئت ويروى انهر الدم بما شئت وهو باطلاقه يقتضي الجواز بالمنزوع
وغيره الا انا تركنا غير المنزوع بما رواه الشافعي فان فيه دلالة عليه وهو قوله عليه السلام فانهما مدى
الحبشة فانهم لا يقلمون الاظفار ويحدون الاسنان ويقاتلون بالخدش والعض فيكون ما رواه
محمولا على المنزوع وندب احداد الشفرة قبل الاضجاع او ملقا بالمذبوح لقوله عليه السلام ان الله كتب
الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبح وليحد احدكم شفرته
وليرح ذبيحته وكره الاحداد بعده اي بعد الاضجاع لما روي انه عليه السلام رأى رجلا اضجع شاة وهو يحد
شفرته فقال لقد اردت ان تميتها موتات هلا حددتها قبل ان تضجعها وكذا يكره جرها برجلها
الى المذبح والنخع بفتح النون اي ابلاغ الذبح الى النخاع وهو عرق ابيض في جوف عظم الرقبة ينحدر من الدماغ
ويمتد الى الصلب وانما كره لما روي انه عم نهى ان تنخع الشاة اذا ذبحت وتفسيره ما ذكرنا وقيل معناه
ان يمد رأسه حتى يظهر مذبحه وقيل ان يكسر عنقه قبل ان يسكن من الاضطراب وقطع الرأس والسلخ
بالفتح نزع الجلد قبل ان يبرد اي قبل ان يسكن الذبيح من الاضطراب وكذا كل تعذيب لا فائدة فيه فلنه نهي
لكن يؤكل لحصول المقصود ولان الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الالم فلا يوجب التحريم فلا يكره النخع ونحوه
بعد السكون من الاضطراب لانه لا الم ليرح وكره الذبح من القفا لمخالفته السنة وفيه زيادة ايلام بلا فائدة
ويحل الذبيحة ان بقيت حية حتى قطعت العروق التي يجب قطعها في الذبح لانها ماتت بالذكوة
كما اذا جرحها ثم ذبحها والا اي وان ماتت قبل قطع العروق فلا تحل لوجود الموت بدون الذكوة
وذكر في النتف ان ادب الذبح ان يضجع بالرفق وعلى اليسار ويوجه القبلة ويشد ثلاث قوائم
فقط ويذبح باليمين ويحد الشفرة ويسرع في الذبح واجراء الشفرة على الحلوق ذكره في القهستاني وان ذبح
صيد مستأنس لتحقق القدرة على الذكوة الاختيارية وقد عرفت ان ذكوة الاضطرار لا يصار اليه الا عند
العجز عن ذكوة الاختيار وجاز جرح نعم توحش او تردى في البئر اذا لم يمكن ذبحه للعجز عن الذبح وقال
مالك لا يحل الاكل بذكوة الاضطرار في الوجهين لان ذلك نادر والنادر لا حكم له قلنا لا نسلم الندرة بل هو
غالب ولئن سلمت فالمعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار الى البدل وفي الكتاب اطلق فيما توحش
من النعم وعن محمد ان الشاة اذا ندت في الصحراء فذكوتها العقر وان ندت في المصر لا يحل بالعقر لانها لا تدفع

عن نفسها فيعمل اخذها في المصر ولا عجز والمصر وغيره سواء في البقر والبعير لانهما يدفعان عن انفسهما فلا يقدر اخذهما
وان ند في المصر فيتحقق العجز والصائل كالند وهو اذا كان لا يقدر على اخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكوة
حل اكله ولا يحل الجنين بذكوة امه سواء اشعر او لم ينبت شعره او لا عند ابي حنيفة وزفر والحسن بن
زياد وقالا يحل ان تم خلقه وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام ذكوة الجنين ذكوة امه لانه جزء من الام لانه
متصل بها حقيقة حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذائها ويتنفس بتنفسها وكذا حكما حتى يدخل في البيع الوارد
على الام ويعتق باعتاقها واذا كان جزءا منها فالجرح في الام ذكوة عند العجز عن ذكوته كما في الصيد وله انه اصل
في الحيوة حتى يتصور حياته بعد موتها وينفرد بالذكوة ولهذا ينفرد بايجاب الغرة ويعتق باعتاق مضاف اليه
وتصح الوصية له وبه دونها وهو حيوان دموي وما هو المقصود من الذكوة وهو الميز بين الدم واللحم لا يتحصل بجرح
الام اذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعا في حقه بخلاف الجرح في الصيد لانه سبب لخروجه فيقام
مقام الكل فيه عند التعذر وانما يدخل في البيع تحريا للجواز كيلا يفسد باستثناءه ويعتق باعتاقها كيلا
ينفصل من الحرة ولد رقيق والجواب عن الحديث انه قوله ذكوة امه روي بالنصب بنزع الخافض فيدل على التساوي بها
في الذكوة لقوله تعالى ينظرون اليه نظر المغشي عليه من الموت وعلى رواية الرفع احتمل التشبيه ايضا
كقوله تعالى وجنة عرضها السموات والارض فيحمل عليه توفيقا ولهذا كره ابو حنيفة ذبح الشاة الحامل
التي قربت ولادتها لما فيه من اضاعة الولد وعندهما لا يكره لانه يؤكل عندهما ذكره في الاختيار ثم الجنين
يبقيه الله تعالى في بطن امه بلا غذاء او الغذاء يوصل اليه كيف شاء كما في الكرماني والاول هو الصحيح كما في المضمرات
كذا في القهستاني رجل شق بطن شاة واخرج الولد حيا وذبح الولد ثم ذبح الشاة قالوا ان كانت
الشاة لا تعيش من ذلك لا يحل لان الموت يكون بالاول وذلك ليس بذكوة وان كانت تعيش من ذلك
حلت لان الذكوة هو الثاني ... ذكر هذا الفصل عقيب الذبائح لانه المقصود من الذبائح والوسيلة
الى الشيء يتقدم عليه في الذكر ويحرم اكل ذي ناب او ذي مخلب من سبع او طير لان النبي عليه السلام نهى عن اكل
ذي مخلب من الطيور وكل ذي ناب من السباع وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما
فيتناول سباع الطيور والبهائم لا كل ما له مخلب او ناب فان البعير له ناب والحمامة لها مخلب فالمراد من
ذي ناب الذي يصيد بنابه ومن ذي مخلب الذي يصيد بمخلبه فخرج البعير والحمامة والسبع كل مختطف منتهب
جارح قاتل عاد عادة كالاسد والفهد والنمر والذئب والثعلب والدب والفيل والقرد واليربوع
وابن عرس والسنور البري والاهلي وذو المخلب من الطير الصقر والبازي والنسر والعقاب والشاهين
والحداءة قال ابو حنيفة الدلوع والسنجاب والفيل والسمور وما شابهه سبع لا يؤكل ابن عرس
لانها ذات ناب فدخلت تحت النص وفي الحديث نهى عن اكل الخطفة والنهبة والمجثمة فالخطفة التي
تختطف الهواء كالبازي ونحوه والنهبة الذي ينهب على الارض كالذئب والكلب ونحوه والمجثمة فقد روي بالفتح والكسر
فبالفتح كل صيد جثم عليه الكلب حتى مات غما وبالكسر كل حيوان من عادته ان يجثم على الصيد كالذئب
والكلب ومعنى تحريم هذه الاشياء كرامة لبني آدم كيلا يعدو اليهم شيء من هذه الخصال الذميمة بالاكل كذا
في الاختيار واعلم ان المؤثر في حرمته اما الايذاء واما الخبث والايذاء تارة يكون بالناب وتارة بالمخلب
والخبث اما ان يكون خلقة كما في الحشرات والهوام او بعارض كما في الجلالة ومعنى التحريم في الكل تكريم بني آدم
كيلا

كيلا يتعدى شيء من هذه الاوصاف اليهم ولا يلزم عليه قوله عليه السلام لا عدوى ولا صفر لانه روي
عنه عليه السلام انه قال لا ترضع لكم الحمقاء فان اللبن يعدي وكذا قوله عليه السلام فر من
المجذوم فرارك من الاسد كذا في الجنابري ولو ضبعا او ثعلبا لان لهما نابا يقاتلان به فيدخلان
تحت الحديث المذكور فلا يؤكل لحمهما كالذئب فيكون الحديث حجة على الشافعي في اباحتهما ولا
بأس بما ليس له مخلب كالخطاف والقمري والسودانية والزرزور والعصافير والفاختة كما في قاضي خان
والدبسي هو ... والخفاش في رأي كما في المحيط والهدهد والفيلوج والطاوس كما في المضمرات
والنعامة كما في المغني وذكر في النظم انه يكره العقاب والفيلوج والفاختة والحمر الاهلية دون الوحشية وان
صارت اهلية ووضع عليها الاكاف فلو نزا احدهما على الآخر فالحكم للام كما في النظم ويدخل فيه لحمه
ولبنه وشحمه الا انه منتفع به على الصحيح كما في المغني والبغال عنده وكذا عندهما ان كان النازي فرسا
وان كان حمارا فلا صح انه يؤكل كما في المضمرات كذا في القهستاني وذهب بشر المريسي الى اباحة الحمار الاهلي
ونقل ذلك عن مالك متثبتا بما روي عن عائشة رضي الله عنها سئلت عن ذلك فتلت قوله تعالى قل لا اجد فيما
اوحي الي محرما الآية واستدلالا بحل اكل الوحشي وهو ضعيف اما الآية فلجواز ان يكون قبل حرمة
لحم الحمير والدليل على ذلك حرمة الاشياء المحرمة الخارجة عن مدلولها واما الاستدلال فلان من شرطه
ان يكون الفرع منصوصا عليه والنص الناهي عن لحوم الحمر الاهلية روى خالد بن الوليد ان النبي عليه السلام
نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير وعن علي ان النبي عليه السلام اهدر المتعة وحرم لحوم الحمر الاهلية
يوم خيبر والفيل لانه ذو ناب فيكره والضب لان النبي عليه السلام نهى عائشة رضي الله عنها حين سألته
عن اكله وهو حجة على الشافعي في اباحته واليربوع وابن عرس لانهما من سباع الهوام وعند الشافعي
يحل اليربوع ذكره في القهستاني والسلحفات لانها من خبائث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم بقتله
شيء وسائر الحشرات قال القهستاني الحشرات الصغار من الدواب جمع الحشرة بحركة فيهما كالفارة والوزغة
وسام ابرص والقنفذ والحية والضفدع والزنبور والبرغوث والقمل والذباب والبعوض والقراد ولا بأس
بدود الزنبور قبل نفخ الروح لان ما لا روح له لا يسمى ميتة كما في قاضي خان واعلم ان الحشرات حرمة عندنا
حلال مكروه عند غيرنا كما في النتف انتهى انما كره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها ويكره الغراب الابقع
الذي يأكل الجيف وكذا الغداف كذا في الهداية والابقع فيه سواد وبياض اعلم ان الغراب الابقع
والاسود انواع ثلاثة نوع يلتقط الحب ولا يأكل الجيف وليس بمكروه ونوع منه لا يأكل الا الجيف
وهو الذي سماه صاحب الهداية الابقع الذي يأكل الجيف وانه مكروه ونوع يخلط يأكل الحب مرة
والجيف اخرى وهو غير مكروه عند ابي حنيفة مكروه عند ابي يوسف والغداف وهو غراب القيظ لا يؤكل
والاصل ذلك ان ما يأكل الجيف فلحمه نبت من حرام فيكون خبيثا عادة وما يأكل الحب لم يوجد ذلك فيه
وما خلط كالدجاج والعقعق فلا بأس باكله عند ابي حنيفة وهو الاصح لان النبي عليه السلام اكل الدجاج
كذا في العناية والرخم والبغاث لانهما يأكلان الجيف والرخم جمع رخمة وهو طير ابلق يشبه النسر في الخلقة
والبغاث ما لا يصيد من صغار الطير وضعافه ويكره لحم الخيل تحريما في الاصح عند ابي حنيفة وهو قول مالك
واختلف المشايخ في تفسير الكراهة على قول ابي حنيفة والصحيح انه اراد به التحريم ولبنه كلحمه كذا في قاضي خان والخلاصة

وعندهما لا يكره الخيل فعندهما وعند الشافعي لا بأس بأكله لحديث جابر انه قال نهى رسول الله عليه السلام
عن لحوم الحمر الاهلية واذن في لحم الخيل يوم خيبر ولابي حنيفة قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة خرج
مخرج الامتنان والاكل من اعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان باعلى النعم ويمتن بادناها ولانه آلة ارهاب
العدو فيكره اكله احتراما له ولهذا يضرب له سهم في الغنيمة ولان في اباحته تقليل آلة الجهاد وحديث جابر معارض
بحديث خالد والترجيح للمحرم كذا في الهداية والاختيار وقيل رجع ابو حنيفة قبل موته بثلاثة ايام عن حرمة لحم
الخيل وعليه الفتوى كما في كفاية البيهقي ذكره القهستاني وحل العقعق هو طاير طويل الذنب فيه سواد وبياض
وغراب الزرع ويقال له غراب الزيتون ايضا وهو طاير صغير بجثته احمر الرجل سواد البدن واريد بغراب
لا يؤكل الا بحث سواء كان ابقع او اسود او زاغا وتمامه في الذخيرة والارنب لما روي عن عامر بن
ياسر قال اهدي لرسول الله صلى الله عم ارنبة مشوية فقال لاصحابه كلوا قال ابو يوسف فاما ابو بكر فلا احفظ
فيه شيئا عن ابي حنيفة وهو عندي كالارنب وهو يعتلف البقول والنبت وهذا لان الاشياء على الاباحة
الا ما قام عليه دليل الحظر كذا في الاختيار ولا يؤكل من حيوان الماء الا السمك وقال مالك في جماعة باطلاق
جميع ما في البحر واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والانسان وعن الشافعي انه اطلق ذلك كله والخلاف
في الاكل والبيع ولهم قوله تعالى احل لكم صيد البحر من غير فصل وقوله عليه السلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل
ميتته ولانه لا دم في هذه الاشياء لان الدموي لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فاشبه السمك ولنا قوله تعالى
ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى عليه السلام عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع
السرطان والصيد المذكور فيما تلا محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما روي محمول
على السمك وهو حلال مستثنى عن ذلك بقوله عليه السلام احلت لنا ميتتان ودمان فاما الميتتان فالسمك
والجراد واما الدمان فالكبد والطحال ويباح بانواعه كالجريث والمارماهي وهما نوعان من انواع السمك خصهما
بالذكر اشارة الى ضعف ما نقل في المغرب عن محمد ان جميع انواع السمك حلال غير الجريث والمارماهي وما في غاية
البيان ان بعض الروافض واهل الكتاب يكرهون اكل الجريث ويقولون انه كان ديوثا يدعو الناس
الى حليلته فمسخ به وجه الضعف اطلاق ما روينا والقول الممسوخ باطل اذ قد صح انه لم يبق بعد ثلاثة
ايام ولا يؤكل الطافي هو اسم فاعل من طفا الشيء فوق الماء يطفو اذا خف وعلا منه والمراد من السمك الطافي هو
الذي يموت في الماء حتف انفه من غير سبب فيعلو وقال مالك والشافعي لا بأس به لاطلاق ما روينا ولان
ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث ولنا ما روى جابر عن النبي عم انه قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء
فكلوا وما طفا فلا تأكلوا وعن جماعة من الصحابة مثل مذهبنا وميتة البحر ما لفظه ليكون موته مضافا الى البحر
لا ما مات بسبب حادث فكان كما اذا القاه الماء على اليبس والاعز انها لا تؤكل لان الحر والبرد صفتان من صفات
الزمان وليستا من اسباب الموت في الغالب واطلق القدوري الروايتين ولم ينسبهما الى احد وذكر شيخ الاسلام
انه على قول ابي حنيفة لا يحل وعلى قول محمد يحل كذا في العناية ويحل انواع السمك والجراد بلا ذكاة وقال مالك لا يحل
الجراد الا ان يقطع الآخذ رأسه او يشويه لانه صيد البر ولهذا يجب على المحرم بقتله جزاء يليق به فلا يحل الا بالقتل
كما في سائره والحجة عليه ما روينا من قوله عم احلت لنا ميتتان الحديث وسئل علي رضي عن الجراد
يأخذه الرجل من الارض وفيها الميتة وغيره فقال كله كله وهذا عد من فصاحته ودل على اباحته وان مات حتف انفه

وان مات السمك بحر او برد ففيه روايتان صح
احدهما انها تؤكل لانه مات

بخلاف

بخلاف السمك اذا مات من غير آفة لانا خصصناه بالنص الوارد في الطافي ثم الاصل في السمك عندنا انه اذا مات
بآفة يحل كالمأخوذ واذا مات حتف انفه من غير آفة لا يحل كالطافي وينسحب عليه فروع كثيرة منها اذا قطع
بعضها فمات فيحل اكل ما ابين وما بقي لان موته بآفة وما ابين من الحي وان كان ميتا فميتته حلال
ومنها انه لو وجد في بطن السمك سمكة اخرى فانها تؤكل لان ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان قتلها
طير الماء وغيره وكذلك ان ماتت في جب ماء وكذلك اذا جمعها في حظيرة لا تستطيع الخروج منها وهو
يقدر على اخذها بغير صيد فمتن فيها لذلك وان كانت لا تؤخذ بغير صيد فلا خير في اكلها لانه لم يظهر لموتها
سبب واذا ماتت السمكة في الشبكة وهو لا يقدر على التخلص منها او اكل شيئا القاه في الماء لتأكل
فماتت منه وذلك معلوم فلا بأس بأكلها وهو في معنى ما انحسر عنه الماء وقال عليه السلام ما انحسر عنه
الماء فكل كذا في العناية ولو ذبح شاة او بقرة او نحو ذلك لم تعلم عند الذبح حيوتها فتحركت او خرج
منها دم مسفوح في شرح الطحاوي وخروج الدم لا يدل على الحيوة الا اذا كان يخرج كما يخرج من الحي
وهذا عند ابي حنيفة وهو ظاهر الرواية ذكره في الخلاصة حلت لان الحركة او خروج دم مسفوح علامة الحياة
والا اي وان لم تعلم حياتها عند الذبح ولم تتحرك ولم يخرج منه دم مسفوح فلا تحل لان محل الذكاة هو الحي
ولم توجد علامة الحياة عند الذبح ولو علم حيوتها عند الذبح ولم تتحرك ولم يخرج منها الدم اصلا يؤكل
كذا في قاضي خان ذكر الصدر الشهيد في واقعاته من غير ذكر خلاف وذكر شمس الائمة السرخسي في شرح
كتاب الصيد اختلاف المشايخ في هذا الوجه كان الفقيه ابو القاسم الصفار يقول لا يحل لانعدام معنى الذكاة
وهو تسييل الدم النجس وكان الفقيه ابو بكر الاسكاف يقول تحل لوجود فعل الذكاة قال عليه السلام
الذكاة ما بين اللبة واللحيين كذا في المحيط فروع ويحل اكل لحم الابل والبقر والغنم الجلالة والدجاجة المخلاة
الا انه مكروه كراهة تنزيه كما اشير اليه في النتف فيحبس الابل اربعين يوما والبقر ثلثين والغنم سبعة والدجاجة
ثلاثة وقيل الغنم ثلاثة والدجاجة يوما كما في النظم والمختار في الاولين عشرة والغنم اربعة والدجاجة ثلاثة
كما في الكبرى والاصح ان يحبس الى ان يزول الرائحة المنتنة من العذرة واليه اشار في الاصل حيث قال حتى تزول
عنها الرائحة الكريهة كما في المحيط وغيره كذا في القهستاني وذكر في مجموع النوازل وجد حيوان رأسه ووجهه
يشبه السبع وشعره وقوائمه تشبه الشاة هل يؤكل قال يلقى بين يديه لحم وكلأ فان تناول اللحم لا يؤكل
وان تناول الكلأ يؤكل كذا في المحيط ولو ذبح شاة مريضة ولم تتحرك منها الا فمها قال محمد بن سلمة
ان فتحت فاها لا تؤكل وان ضمت فاها يؤكل وان فتحت عينها لا تؤكل وان غمضت عينها تؤكل
وان مدت رجلها لا تؤكل وان قبضت رجلها تؤكل وان نام شعرها لا تؤكل وان قام شعرها تؤكل
وهذا كله اذا لم يعلم حياتها عند الذبح فان علم حيوتها وقت الذبح اكلت على كل حال كذا في قاضي خان
والجلالة التي تعتاد اكل الجيف والنجاسات ولا تخلط فيتغير لحمها فيكون منتنا واما ما يخلط بتناول النجاسة
والجيف ويتناول غيرها على وجه لا يظهر اثر ذلك في لحمه فلا بأس بأكله روي ان جديا غذي بلبن خنزير
لا بأس بأكله لان لحمه لا يتغير وما غذي به يصير مستهلكا لا يبقى له اثر فعلى هذا قالوا لا بأس بأكل الدجاجة
لانه يخلط ولا يتغير لحمه وما روي ان الدجاجة يحبس ثلاثة ايام ثم يذبح فذلك على سبيل التنزه لان ذلك
ليس بشرط لما روي ان النبي عم كان يأكل الدجاج [illegible] كذا في قاضي خان

كتاب الاضحية اورد الاضحية عقيب الذبائح لان التضحية ذبح خاص والخاص بعد العام والاضحية في اللغة
اسم ما يذبح في يوم الاضحى من فعولة وكان اصلها اضحوية اجتمعت الواو والياء وسبقت احديهما بالسكون
وقلبت الواو ياء وادغمت الياء في الياء وكسرت الحاء لثبات الياء وتجمع على اضاحي بتشديد الياء وفي الشريعة
عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص وهو يوم الاضحى وشرائطها ما نذكر في اثناء الكلام
وسببها الوقت وهو ايام النحر لان السبب انما يعرف بنسبة الحكم اليه وتعلقه به اذ الاصل في اضافة
الشيء الى الشيء ان يكون سببا وكذا اذا لازمه فتكرر بتكرره ومما يدل على سببية الوقت امتناع التقديم
عليه كامتناع تقديم الصلوة على وقتها لا يقال لو كان الوقت سببا لوجب على الفقير لتحقق السبب
لان الغنى شرط الوجوب والفرض عدمه وهي واجبة بالقدرة الممكنة بدليل ان الموسر اذا اشترى شاة
للاضحية في اول يوم النحر ولم يضح حتى مضت ايام النحر ثم افتقر كان عليه ان يتصدق بعينها او بقيمتها
ولا تسقط عنه الاضحية فلو كانت بالقدرة الميسرة لكان دوامها شرطا كما في الزكوة والعشر والخراج
حيث تسقط بهلاك النصاب والخارج واصطلام الزرع وحكمها الخروج عن عهدة الواجب في الدنيا
والوصول الى الثواب بفضل الله تعالى في العقبى ثم الوجوب قول ابي حنيفة ومحمد وزفر والحسن واحدى
الروايتين عن ابي يوسف وعن ابي يوسف في رواية اخرى انها سنة ذكرنا في الجامع وهو قول الشافعي
وقيل هو اي كونها سنة قولهما ذكره الطحاوي انها على قول ابي حنيفة واجبة وعلى قول ابي يوسف
ومحمد سنة مؤكدة وهكذا ذكر بعض مشايخ الاختلاف وجه السنة قوله عليه السلام من اراد ان يضحي
منكم فلا يأخذ من شعره واظفاره شيئا والتعليق بالارادة ينافي الوجوب ولانها لو كانت واجبة
على المقيم لوجب على المسافر لانهما لا يختلفان في الوظائف المالية كالزكوة وصار كالعتيرة وهي ذبيحة
كانت تذبح في رجب يتقرب بها اهل الجاهلية والمسلمون في صدر الاسلام ثم نسخت ذكره في الهداية
وذكر في الايضاح انها عبارة عما اذا ولدت الناقة او الشاة ذبح اول ولدها فاكل واطعم وهي منسوخة
في الاضحية ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل هذا
الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ثم الاداء يختص باسباب يشق على المسافر استحضارها وهو
تحصيل الشاة والاشتغال بذبحها في وقت معين وقد يعن له السفر قبل ذلك وفي ذلك مشقة
والسفر مؤثر في التخفيف الا يرى الى جواز التيمم عند زيادة ثمن الماء التي لا تبلغ قيمة الاضحية ولا عشرها
فاولى ان يسقط عنه وجوب الاضحية وهو اقوى حرجا من زيادة ثمن الماء والمراد بالارادة فيما روي ما هو ضد السهو
لا التخيير فكانه معنى قوله عليه السلام من اراد وقصد التضحية التي هي واجبة كقول من يقول من اراد الصلوة فليتوضأ
والعتيرة منسوخة كذا في الهداية والعناية والصحيح انها واجبة كما في المضمرات ذكره القهستاني ذكر الطحاوي
في الجامع انها عند ابي حنيفة واجبة وعند ابي يوسف ومحمد سنة والاصح انها واجبة عند اصحابنا وقولهم الاضحية
واجبة عند اصحابنا يحتمل ان يراد به تضحية الاضحية على حذف المضاف وليس وجوب الاضحية كوجوب صدقة
الفطر والواجبات على مراتب بعضها اكد من البعض الا ترى ان سجدة التلاوة واجبة وليس وجوبها كوجوب
صدقة الفطر فالاضحية عندنا وان كانت واجبة ليس وجوبها كوجوب صدقة الفطر الا ترى ان العلماء
لم يختلفوا في وجوب صدقة الفطر وروي عن محمد انه قال وعليه زكوة وصدقة الفطر واضحية وحجة الاسلام

وكفارة

وكفارة يمين واوصى بان يؤدوا عنه يجوز ذلك كله من الثلث فان لم يبلغ ثلث ذلك فانهم انما يبدؤن
بالزكوة ثم بالحج وبعد ما يبدؤن بصدقة الفطر وبعدها يبدؤن بالكفارة وبعدها يبدؤن بالاضحية كذا
في التاتارخانية اعلم ان الاضحية عبادة شريفة حتى ان الاضحية بعشرة اولى من ان يتصدق بالف
لان القربة التي تحصل باراقة الدم لا تحصل بالصدقة كذا في الخلاصة وانما تجب على كل حر لانها عبادة مالية
لا تتأدى الا بالملك والمالك هو الحر مسلم لكونها قربة مقيم لما بينا موسر لاشتراط السعة بالنص
الموجب لهذه القربة كما مر ومقدار اليسار ما يجب به صدقة الفطر وقد مر في الصوم قال في المحيط الموسر في
ظاهر الرواية من له مائتا درهم او عشرون دينارا او شيء يبلغ ذلك سوى مسكنه ومتاع مسكنه ومركبه
وخادمه في حاجته التي لا يستغني عنها وفي الخانية وثيابه التي يلبسها فاما ما عدا ذلك من سائمة او رقيق او خيل
او متاع للتجارة او لغيرها فانه يعتد به في يساره وفي المحيط روى عن ابن سماعة عن محمد عن ابي حنيفة انه لا تجب
الاضحية الا على من له مائتا درهم فصاعدا فعلى هذه الرواية سوى بين غني النصاب وبين غني الاضحية وعلى ظاهر
الرواية فرق وفي الاجناس وان كان له مصحف قيمته مائتا درهم وهو ممن يحسن ان يقرأ منه فلا اضحية عليه سواء
كان يقرأ منه او يتهاون ولا يقرأ ولا يستعمله وان كان لا يحسن ان يقرأ منه فعليه الاضحية وان كان له ولد صغير
حبس المصحف ليسلم الى الاستاذ فيعلمه فعليه الاضحية وكتب العلم والحديث مثل مصحف القرآن في هذا الحكم كذا في
التاتارخانية ونذكر ما ذكرنا في كتاب الزكوة وفي باب صدقة الفطر ففي ذلك كفاية فتجب عن نفسه متعلق بقوله
تجب لانه اصل في الوجوب عليه لا عن طفله في ظاهر الرواية وقيل تجب على الاب عنه اي عن طفله ايضا اي كما تجب
عن نفسه لانه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة وروي عنه انه لا تجب عن
ولده سواء كان صغيرا او كبيرا اذا لم يكن له مال وهو ظاهر الرواية وعليه الفتوى كذا في العناية ووجه ظاهر الرواية
ان هذه قربة محضة والاصل في القرب ان لا تجب على الغير بسبب الغير ولهذا لا تجب عن عبده بخلاف صدقة
الفطر لان السبب هناك رأس يمونه ويلي عليه وهما موجودان في الصغير قال قاضيخان وفي الولد الصغير
عن ابي حنيفة فيه روايتان في ظاهر الرواية تستحب ولا تجب بخلاف صدقة الفطر وروى الحسن عن ابي حنيفة
انه يجب عليه ان يضحي عن ولده وعن ولد ولده الذي لا اب له والفتوى على ظاهر الرواية انتهى وهكذا في الكافي
وفي العناية ويستحب عن اولاده الصغار وعن مماليكه وتكون قربة ولا تجب عنهم كذا في التاتارخانية
وقيل يضحي عنه اي عن الطفل ابوه او وصيه من ماله اي من مال الطفل فيطعم منها ما امكن ويستبدل بالباقي
بل يدخر قدر حاجته ثم يبدل ما ينتفع به مع بقائه كالثوب والخف لا بما لا ينتفع به الا باستهلاك كالخبز ونحوه
قال في الهداية وان كان للصغير مال يضحي عنه ابوه او وصيه من ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
وزفر والشافعي يضحي من مال نفسه لا من مال الصغير والخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر وقيل لا تجوز
التضحية من مال الصغير في قولهم لان القربة تتأدى بالاراقة والصدقة بعده تطوع فلا يجوز ذلك من مال الصغير
ولا يمكنه ان يأكله كله والاصح ان يضحي من ماله ويأكل منه ما امكنه ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه انتهى وفي تجنيس
الناصري الاضحية من مال الصبي الموسر يقوم به الاب او وصيه او الجد ولا يطعم منه احدا الا الصبي وخادمه
واما الابوان فياكلان منه استحسانا ويجوز ان يشتريا بذلك اللحم مطعوما للصبي ولا يشتريان به شيئا آخر
للصبي ولا يتصدق بما يضحي من مال الصبي وفي المحيط ذكر الصدر الشهيد في شرح الاضاحي للزعفراني اذا كان

للاولاد مال ففي ظاهر الرواية لا يجب على الاب والوصي ان يضحي من ماله فان فعل الاب او الوصي ذلك فعلى قول محمد وزفر على ما رواه الحسن يجب الضمان واما على قول ابي حنيفة وابي يوسف الاب لا يضمن بلا خلاف على كل حال وفي الوصي اختلاف المشايخ بعضهم قالوا ان كان الصبي يأكل فلا ضمان على الوصي وان كان لا يأكل فعليه الضمان وفرق هذا القائل بين الاب والوصي من حيث ان تصرف الوصي انما ينفذ على الصغير اذا كان للصغير فيه نفع ظاهر وانما يكون نفعا ظاهرا اذا كان الصبي يأكل اما تصرف الاب فانما لا ينفذ اذا كان ضارا او لا ضرر فيها ومنهم من قال لا ضمان على الوصي على كل حال كما لا ضمان على الاب قال بعضهم وعليه الفتوى انتهى كلام المحيط كذا في التاتارخانية وهي اي الاضحية شاة من فرد ولو عظيمة وفي النظم قال بعضهم يجزي الشاة عن سبعة ولا نأخذ به والشاة اسم جنس شامل للضأن الذكر الكبش والانثى النعجة والمعز التيس والعنز والذكر منهما افضل اذا كان خصيا لان لحمه اطيب وانفع ذكره في الخلاصة او بدنة من الابل والبقرة او سبع بدنة باشتراك فرد مع ستة في بقرة نوع منها الجاموس فيجوز عن سبعة على المختار كما في المضمرات والتاء للوحدة فيجاز الذكر والانثى وهو افضل كما في الخزانة او بعير اسم جنس والانثى افضل هذا عند العامة وقيل يجوز البعير عن عشرة كما في النظم كذا في القهستاني وكل واحد منهم يريد القربة وان اختلفت جهاتها كبقرة عن اضحية ومتعة وقران فانها تجوز عندنا لاتحاد المقصود وهو القربة وسواء كل منهم من اهلها اي من اهل القربة بان يكون مسلما ولم ينقص نصيب احدهم من سبع كما اذا مات رجل وترك ابنا وامرأة وبقرة وضحيا بها لم تجز فلو اراد احدهم نصيب اللحم او كان كافرا او نصيبه اقل من سبع لا يجوز لعدم قصد الكل القربة في الاول وعدم الاهلية في الثاني ونقصان نصيبه من السبع في الثالث عن احدهم لعدم تجزي هذا الفعل في كونه قربة ذكره في الكافي فروع ولا يجوز الوحشي والذي يولد من الوحشي والاهلي ان كانت الام اهلية جاز ويشترط الكامل ولا يجوز الناقص سواء كان النقصان من حيث السن او من حيث الذات فلا يجوز من الابل والبقر والمعز الا الثني ولا يجوز بجذعان الا الجذع العظيم من الضأن وهو عند الفقهاء الذي اتى عليه اكثر السنة ستة اشهر وشيء من الشهر السابع ويجوز اذا كان سمينا عظيما بحيث لو رآه انسان يحسبه ثنيا والثني من الضأن ... افضل من الجذع والانثى من الابل والبقر افضل من الذكر والذكر من المعز افضل وكذا الذكر من الضأن اذا كان موجوءا اي خصيا واختلف المشايخ ان البدنة افضل ام الشاة الواحدة قال بعضهم اذا كانت قيمة الشاة اكثر من قيمة البدنة فالشاة افضل لان الشاة كلها تكون فرضا والبدنة سبعها تكون فرضا والباقي يكون نفلا وما كان كله فرضا كان افضل وقال الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل البدنة تكون افضل لانها اكثر لحما من الشاة وما قالوا ان البدنة يكون بعضها نفلا فليس كذلك بل اذا ذبحت عن واحد كان كلها فرضا وشبه هذا بالقراءة في الصلاة لو اقتصر على ما يجوز به الصلاة جاز ولو زاد عليها يكون الكل فرضا والشاة افضل من سبع البقرة اذا استويا في القيمة واللحم لان لحم الشاة اطيب وان كان سبع البقرة اكثر لحما فسبع البقرة افضل فالحاصل انهما اذا استويا في القيمة واللحم فاطيبهما لحما افضل وان اختلفا في القيمة واللحم فالفاضل منهما اولى فالفحل الذي يساوي عشرين افضل من خصي بخمسة عشرة وان استويا في القيمة والفحل اكثرهما لحما فالفحل اكثر والانثى من البقر افضل من الذكر اذا استويا لان لحم الانثى اطيب ولو ان رجلا موسرا

او امرأة

او امرأة موسرة ضحى ببدنة عن نفسه خاصة كانت الكل اضحية واجبة عند عامة العلماء وعليه الفتوى هـ وقد ذكرنا الكل من قاضي خان ويجوز اشتراك اقل من سبعة الاصل في جواز الشركة ما روي جابر رضي الله عنه قال نحرنا مع رسول الله عم البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة فتجزئ عن اقل من سبعة بطريق الاولى ولا تجزئ عن اكثر من سبعة لان القياس ان لا تجزئ الا عن واحد لانه اراقة واحدة الا انا تركنا القياس بما روينا وانه مقيد بالسبعة فلا يزاد عليه ولو اثنين قال في الهداية ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين يجوز في الاصح فقوله في الاصح احتراز عن قول بعض المشايخ انه لا يجوز لان لكل واحد منهما ثلاثة اسباع ونصف سبع هـ فنصف السبع لا يجوز في الاصح واذا لم يجز البعض لم يجز الباقي ووجه الاصح لما جاز ثلاثة اسباع جاز نصف السبع تبعا له وبه اخذ الفقيه ابو الليث والصدر الشهيد واذا جاز على الشركة فكيفية قسمته ان يقسم لحمها وزنا لانه موزون قال قاضي خان سبعة ضحوا ببقرة واقتسموا لحمها وزنا جاز لان بيع اللحم باللحم وزنا مثلا بمثل جاز فكذلك القسمة وان اقتسموا اللحم جزافا لا يجوز اعتبارا بالبيع ولو انهم اقتسموا جزافا وحلل كل واحد منهم لاصحابه الفضل لا يجوز بخلاف ما اذا باع درهما بدرهم ويرجح احد الدرهمين مقدار ما لا يدخل تحت الوزن فحلل صاحبه الآخر فانه يجوز ذلك والفرق ان تحليل الفضل هبة ففي مسئلة اللحم هبة المشاع فيما يحتمل القسمة وهو اللحم فلم تجز وفي مسئلة الدرهم الدرهم الواحد لا يحتمل القسمة لان الدرهم الواحد الصحيح لا يحتمل القسمة كذا في المحيط لا جزافا لاحتمال الربوا الا اذا خلط به من الاكارع او جلده بان يكون في كل جانب شيء من الاكارع واللحم او يكون في كل جانب شيء من اللحم والجلد او يكون في جانب لحم واكارع وفي آخر لحم وجلد فح يجوز صرفا للجنس الى خلاف الجنس اعتبارا بالبيع لان في القسمة معنى التمليك فلم يجز مجازفة عند وجود القدر والجنس ولو اشترى رجل بدنة للاضحية ثم اشترك فيها ستة اي جعلهم شركاء فيها جاز استحسانا وفي القياس لا يجزئه وهو قول زفر لانه اعدها للقربة فيمنع عن بيعها تمولا وجه الاستحسان انه قد يجد بقرة سمينة يشتريها ولا يظفر بالشركاء وقت البيع ويطلبهم بعده فمست الحاجة اليه فجوزناه دفعا للحرج وقد امكن لان بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع ولهذا لو اشترى اضحية ثم باعها فاشترى مثلها لم يكن به بأس قال في المحيط اذا اشترى اضحية وباعها حتى جاز البيع في ظاهر الرواية عن اصحابنا ثم اشترى مثلها وضحى بها فان كانت الثانية مثل الاولى او خيرا منها جاز ولا يلزمه شيء آخر وان كانت الثانية شرا من الاولى فعليه ان يتصدق بفضل القيمة قال شمس الائمة السرخسي في شرحه من اصحابنا من قال هذا اذا كان الرجل فقيرا فاما اذا كان غنيا ممن يجب عليه الاضحية فليس عليه ان يتصدق بفضل القيمة لان على الغني الوجوب عليه بايجاب الشرع ولا تتعين بتعيينه في هذا المحل الا ترى انها لو هلكت بقيت الاضحية عليه فان كان ما ضحى به محلا صالحا لم يلزمه شيء آخر واما الفقير فليس عليه اضحية شرعا وانما لزمه بالتزامه في هذا المحل بعينه ولهذا لو هلكت لم يلزمه شيء فاذا استفضل لنفسه شيئا مما التزمه كان عليه ان يتصدق به قال الشيخ الامام الزاهدي والاصح عندي ان الجواب فيهما سواء لان الاضحية وان كانت واجبة على الغني في ذمته فهو متمكن من تعيين الواجب في المحل فيعتبر بتعيينه في هذا المحل من حيث قدر المالية لانه تعيين مفيد في ذلك وان كان هـ لا يتعين من حيث فراغ الذمة كذا في قاضي خان والاشتراك قبل الشراء احب ليكون ابعد عن الخلاف

وعن صون في الرجوع في القربة وعن ابي حنيفة انه يكره الاشتراك بعد الشراء واول وقتها اي الاضحية بعد فجر
يوم النحر اي العاشر من ذي الحجة يعني في غير المصر من القرى والرباطات والبوادي قال في الهداية لا يجوز لاهل
الامصار الذبح حتى يصلي الامام العيد فاما اهل السواد فيذبحون بعد الفجر فاشار اليه المص بقوله ولا تذبح
في المصر قبل صلوة العيد الاصل فيه قوله عليه السلام من ذبح قبل الصلوة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلوة
فقد تم نسكه واصاب سنة المرسلين وقال عليه السلام ان اول نسكنا في هذا اليوم الصلوة ثم الاضحية
غير ان هذا الشرط في حق من عليه الصلوة وهو المصري دون اهل السواد ولان التاخير لاحتمال التشاغل
عن الصلوة فلا معنى للتاخير في حق القروي ولا صلوة عليه وما رويناه حجة على مالك والشافعي في نفي الجواز
بعد الصلوة قبل نحر الامام فانه باطلاقه يتناول ما قبل نحر الامام وما بعده ثم المعتبر في ذلك مكان الاضحية
حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر تجوز كما انشق الفجر وفي العكس لا تجوز الا بعد الصلوة وحيلة المصري
اذا اراد التعجيل ان يبعث بها الى خارج المصر فيضحي بها كما طلع الفجر وهذا لانها تشبه الزكوة من حيث انها
تسقط بهلاك المال قبل مضي ايام النحر كصدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر
ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد ولم يصل اهل الجبانة اجزأه استحسانا كذا في الهداية معناه ان يخرج الامام
بالناس الى الجبانة ويستخلف من يصلي بالضعفة في الجامع هكذا فعله علي رضي الله عنه حين قدم كوفة
وفي القياس لا يجوز لان اعتبار جانب اهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب اهل المسجد يجوز وفي العبادات
يؤخذ بالاحتياط وجه الاستحسان انها صلوة معتبرة حتى لو اكتفوا بها اجزأتهم وكذا على عكسه وقيل هو اي
العكس جائز قياسا واستحسانا والفرق ان المسنون في العيد هو الخروج الى الجبانة واهل الجبانة هو
الاصل وقد صلوا فيجوز قياسا واستحسانا وآخره اي وآخر وقت التضحية قبيل غروب الشمس
في اليوم الثالث فتجوز التضحية في ثلاثة ايام يوم النحر ويومين بعده وقال الشافعي ثلاثة ايام
بعده لقوله عليه السلام ايام التشريق كلها ايام ذبح ولنا ما روي عن عمر وعلي وابن عباس انهم
قالوا ايام النحر ثلاثة افضلها اولها وقد قالوه سماعا لان الرأي لا يهتدي الى المقادير وفي الاخبار
تعارض فاخذنا بالمتيقن وهو الاقل واعتبر آخره اي آخر وقتها للفقير حتى لو كان فقيرا في آخره
بعد ما كان غنيا في اوله لا تجب الاضحية عليه ووضع فيمن صار غنيا في آخره بعد ما كان فقيرا
في اوله تجب عليه ولو ضحى فقير في اوله ثم استغنى في آخره اعاد على المختار كما في المضمرات وقيل لم يعد
وبه نأخذ كما في الذخيرة وغيره والولادة فلو ولد في اليوم الآخر تجب عليه فيضحي عنه من ينوب منابه
من ابيه او وصيه وقد مر الخلاف فيه والموت فلو مات في الآخر سقطت عنه حتى لم يجب عليه الايصاء
ولو مات بعد الآخر فبالعكس ولو اشترى مقيم فيه اضحية فسافر في الآخر جاز بيعها لانها لم تجب عليه
كما في المحيط ولو اسلم الكافر في الآخر او بلغ الصبي او اقام المسافر وجبت كما في المنية ولو قدم مسافر
بلده وعزم الاقامة فيه خمسة عشر يوما لزمه الاضحية وصلوة العيدين والجمعة على ما قال قاضي خان
في اماليه ولو اعتوه فيها او ارتد سقطت كما في الزاهدي كذا في القهستاني واولها افضلها كما قالوا
ولان فيه مسارعة الى اداء القربة وهو الاصل الا بعارض وكره الذبح كراهة تنزيه ليلا لاحتمال الغلط في ظلمة
الليل والمراد ليلتان متخللتان بين الايام الثلاثة التي هي وقت التضحية وانما جازت في الليل لان الليالي تبع
للايام

للايام والتضحية في ايام النحر افضل من التصدق بثمن الاضحية اما في حق الموسر فلانها تقع واجبة في
ظاهر الرواية او سنة في احد قولي ابي يوسف والتصدق بالثمن تطوع محض ولا شك في افضلية الواجب
او السنة على التطوع واما في حق المعسر فلان فيها جمعا بين التقرب باراقة الدم والتصدق فان
فات وقتها قبل ذبحها لزم التصدق بعين المنذورة حية يعني ان كان اوجب على نفسه شاة بان قال
لله علي ان اضحي بهذه الشاة سواء كان الموجب فقيرا او غنيا ولم يضح حتى مضى ايام الاضحية يجب عليه
ان يتصدق بها حية لان الاصل في العبادات المالية التصدق بعين المال مخالفة لهوى النفس بترك المحبوب
الا ان التصدق بالعين نقل في الاضحية الى اراقة الدم تطييبا للطعام بازالة ما اشتمل عليه مال الصدقة من
اوساخ الذنوب والآثام فبالاراقة ينتقل الخبث الى الدماء ويصير ضيافة الله تعالى باطيب ما عنده
على ما هو عادة الكرام كذا في التلويح فاذا فات وقت التضحية عاد الى الاصل فيتصدق بالعين وكذا ما شراها
فقير للتضحية فيجب على هذا الفقير ان يتصدق بها حية وان ذبح لا يجوز له التناول من لحمها بل يتصدق بلحمها
وفضل ما بين قيمتها مذبوحة وغير مذبوحة ذكره في الاوضح وذلك لانه يجب على الفقير بالشراء بنية الاضحية
عندنا وروى الزعفراني عن اصحابنا انه لا يجب وهو قول الشافعي لان القربة انما تلزم بالشروع او بالنذر
ولم يوجد واحد لكنا نقول ان النبي عليه السلام دفع الى حكيم بن حزام دينارا ليشتري بها اضحية فاشترى
شاتين وباع احدهما بدينارين ثم اشترى بدينار شاة فجاء بالشاة والدينار فامر النبي عليه السلام
ان يضحي بالشاة ويتصدق بالدينار وفيه دليل على جواز بيع الاضحية وعلى ان الاضحية لزم بمجرد النية
مقرونا بالشراء اذ تصدق بالدينار ولان الشراء بتلك النية بمنزلة النذر منه كذا في الخبازي ومن
الغني الناذر لها يتصدق بقيمتها اذا مضى وقت التضحية شراها او لا لانها واجبة على الغني عينها او
لم يعينها وانما يجزئ فيها اي الاضحية الجذع وهو ما تمت له ستة اشهر في مذهب الفقهاء وذكر الزعفراني
انه ابن سبعة اشهر كذا في الهداية وعند اهل اللغة الجذع من الشاة ما تمت له سنة كذا في النهاية
من الضأن وهو ما له الية من الغنم وقال في التاتارخانية ويجزئ في الاضحية الثني فصاعدا من كل شيء
ولا يجوز ما دون ذلك من كل شيء الا الجذع من الضأن اذا كان عظيما ومعناه انه اذا اختلط مع
المسنات يظن الناظر اليه انه ثني ثم الجذع الذي اتى عليه اكثر السنة وهي سبعة اشهر وطعن في الثامنة
وهو قول اهل الفقه وفي الحاوي عن ابي علي الدقاق هو ما تمت لها ثمانية اشهر وطعنت في التاسعة
وفي الزاد والجذع من البقر ابن سنة ومن الابل اربع سنين انتهى كلام التاتارخانية ويجزئ الثني
وقد مر تفسير الثني في كتاب الزكوة فصاعدا من الجميع لقوله عليه السلام ضحوا بالثنايا الا ان يعسر على
احدكم فليذبح الجذع من الضأن واستدل بعض الفقهاء بظاهر الحديث على ان الجذع لا يجزئ في الاضحية
اذا كان قادرا على المسنة واجمع الامة على جوازه وحملوا الحديث على الاستحباب بقوله عليه السلام
نعمت الاضحية الجذع من الضأن كذا في المبارق شرح المشارق في الباب الثالث ويجوز الجماء
وهي التي لا قرن لها خلقة لان القرن لا يتعلق به مقصود الا ترى ان التضحية بالابل جائزة
ولا قرن له وكذا مكسورة القرن لما قلنا والخصي لان لحمه اطيب وقد صح ان النبي عليه السلام ضحى بكبشين
املحين موجوئين والاملح ما فيه ملحة وهي بياض يشوبه شعيرات سود والوجأ نوع من الخصاء

وهو ان يرض العروق من غير اخراج الخصيتين والثولاء وهي المجنون وقيل هذا اذا كانت تعتلف
لانه لا يخل بالمقصود اما اذا كانت لا تعتلف لا تجزئه والجرباء السمينة لان الجرب في الجلد ولا نقصان
في اللحم واذا كانت مهزولة لا تجوز لان الجرب في اللحم فانتقص واما الهتماء وهي التي لا اسنان لها
فعن ابي يوسف انه يعتبر في الاسنان الكثرة والقلة وعنه ان بقي ما يمكنه الاعتلاف به اجزأه لحصول المقصود
والسكاء وهي التي لا اذن لها خلقة لا تجوز لان مقطوع اكثر الاذن اذا كان لا تجوز فعديم الاذن اولى
لا تجوز العمياء والعوراء وهي ذاهبة احدى العينين بكمالها والعجفاء التي لا تنقي وهي ما يكون عجفها
الى حد لا يكون في عظامها مخ والعرجاء التي لا تمشي الى المنسك برجلها العرجاء وانما تمشي بثلاث
قوائم تجافي الرابع عن الارض ولو كانت تضع الرابعة على الارض وتستعين به الا انه تتمايل مع ذلك
وتضعه وضعا خفيفا تجوز ذكره في المحيط وغيره لقوله عليه السلام لا تجزئ في الضحايا اربعة العوراء
البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها والعجفاء التي لا تنقي اعلم ان الاصل
في ذلك ان الاسم يتناول السالم منها فلا تجوز المعيبة منها الا ان القليل من العيب عفو لانه قلما يسلم حيوان
منه فكان في اعتباره حرج فصار العيب الفاحش مانعا والكبير عن مانع وان اليسير ما لا اثر له
في لحمها وللعور اثر في ذلك لانه لا يبصر بعين واحدة من العلف ما يبصر بالعينين وقلة العلف يورث
الهزال والحديث المذكور دال على ذلك ولا مقطوعة اليد او الرجل والذاهبة اكثر العين او الاذن او
الذنب بالتحريك او الالية بفتح الالف والفرق بينهما ان الالية تختص بالغنم دون الذنب قال
عليه السلام استشرفوا العين والاذن اي اطلبوا سلامتها والذنب عضو كامل مقصود كالاذن
واعتبر الاكثر لان له حكم الكل وفي ذهاب النصف روايتان عنهما كما في انكشاف العضو عنهما عن ابي
يوسف وقد مر في الصلوة وتجوز عندهما اذا ذهب ما هو اقل منه اي من النصف اعتبارا للحقيقة على ما
تقدم في الصلوة وهو اختيار الفقيه ابي الليث وقال ابو يوسف اخبرت بقولي ابا حنيفة فقال
قولي هو قولك قيل هو رجوع منه الى قول ابي يوسف وقيل معناه قولي الاول وهو ان الاكثر من
الثلث مانع اذ هو القول الاول لابي حنيفة وانما كان هذا اقرب لان ما دونه اقرب الى قولك الذي
هو ان الاكثر من النصف اذ بقي اجزأه بالنسبة الى قول من يقول ان الربع والثلث مانع وقيل
ان ذهب اكثر من الثلث لا تجوز في رواية الجامع الصغير عن ابي حنيفة ان قطع من الذنب او الاذن
او العين او الالية الثلث او اقل اجزأه وان كان اكثر لم يجز لان الثلث ينفذ فيه الوصية من غير
رضاء الورثة فاعتبر قليلا وفيما زاد لا ينفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا وقيل ان ذهب الثلث لا يجوز لقوله
عليه السلام في حديث الوصية بالثلث والثلث كثير ويروى عنه الربع لانه يحكي حكاية الكمال على ما مر
في الصلوة ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر وفي العين قالوا تشد العين المعيبة بعد ان كان لا تعتلف
الشاة يوما او يومين ثم يقرب العلف اليها قليلا قليلا حتى اذا رأته من مكان اعلم عليه ثم ينظر الى
تفاوت ما بينهما فان كان ثلثا فالذاهب الثلث وان كان نصفا فالنصف كذا في الهداية وشرح
الاذن والكي لا يمنع جواز الاضحية وكذا الحولاء وهي التي في عينها حول وكذا المجزوزة وهي التي جز صوفها
ولا تجوز الجلالة ولا التي يبس ضرعها وان ذهب بعض ضرعها فهو على الخلاف الذي ذكرنا في الاذن

والالية والعين اذا كان الذاهب اكثر من الثلث واقل من النصف لا يجوز في ظاهر الرواية
عن ابي حنيفة ثم الصحيح ان الثلث وما دونه قليل وما زاد عليه كثير وعليه الفتوى كذا في
قاضي خان وهذا الذي ذكرنا اذا كانت هذه العيوب قائمة وقت الشراء ولو اشتراها سليمة ثم
تعيبت بعيب مانع ان كان غنيا عليه غيرها وان كان فقيرا تجزئه هذه لان الوجوب على الغني
بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم يتعين به بل الوجوب على الموسر في ذمته بصفة الكمال فلا يتأدى
بالناقص واما على المعسر فالوجوب بشرائه بنية الاضحية فتعينت المشتراة لها على اي صفة
كانت فلا يجب عليه ضمان نقصانه كما في نصاب الزكوة فانه اذا انتقص بعدما وجبت الزكوة
فيه تسقط بقدره ولا يضمن رب المال لان النقصان لم يكن بفعله والجامع بينهما ان محل الوجوب
فيهما جميعا المال لا الذمة فاذا هلك المال سقط الوجوب وعن هذا الاصل قالوا اذا ماتت
المشتراة للتضحية على الموسر مكانها اخرى ولا شيء على الفقير ولو ضلت او سرقت واشترى اخرى ثم
ظهرت الاولى في ايام النحر على الموسر ذبح احديهما وعلى الفقير ذبحهما هذا ما ذكره في الهداية وهذا الاصل
هو الموضوع ما ذكره شيخ الاسلام ان المشترى اذا كان موسرا لا الفقير واجبة بالشراء بنية الاضحية
باتفاق الروايات وان كان معسرا ففي ظاهر رواية اصحابنا تجب وروى الزعفراني عن اصحابنا
انها لا تجب وهو رواية النوادر كذا في العناية وقد تقدم ان ما رواه الزعفراني قول الشافعي فتذكر
ما نقلناه عن البخاري ولا يضر تعيبها من اضطرابها عند الذبح فلو اضجعوها فاضطربت فانكسر
رجلها او اصابتها عيب آخر مانع اجزأه استحسانا عندنا خلافا لزفر والشافعي لانه تأدى الواجب بالتضحية
لا بالاضجاع وهي معيبة عنده فصار كما لو كانت كذلك قبله وجه الاستحسان ان حالة الذبح ومقدماته
ملحق بالذبح فكانه حصل به اعتبارا او حكما وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فانفلتت ثم اخذت
من فوره وكذا بعد فوره عند محمد لانه حصل بمقدمات الذبح وقال ابو يوسف ان الفور لما انقطع
خرج الفعل الذي تعيبت به من ان يكون سببا من اسباب هذا الذبح الذي وجد بعد الفور فصار
بمنزلة ما حصل بفعل آخر كذا في الهداية وشروحها وان مات احد سبعة اشتروا بقرة
للاضحية وقال ورثته اي ورثة الواحد الميت لباقي السبعة اذبحوها عنكم وعنه صح والقياس
ان لا تصح وهو رواية عن ابي يوسف لانه تبرع بالاتلاف فلا تجوز عن غيره كالاعتاق عن الميت
وجه الاستحسان انا نقول القربة قد تقع عن الميت كالتصدق بخلاف الاعتاق لان فيه الزام الولاء
على الميت ولو ذبحوها عن صغير في الورثة او ام ولد جاز لانها قربة ولو مات ولم يقل ذبحها
الباقون بغير اذن الورثة لا تجزئهم لانه لم يقع بعضها قربة وفيما تقدم وجد الاذن من
الورثة فكان قربة وكذا ذبح بدنة عن اضحية ومتعة وقران لاتحاد المقصود ويستحب للمضحي
ان يأكل لحم اضحيته لانه عليه السلام اكل من لحم اضحيته ويطعم ويهب من شاء قال الله تعالى فكلوا
منها واطعموا القانع والمعتر والقانع هو السائل من القنوع لا من القناعة والمعتر هو الذي يتعرض
للسؤال ولا يسأل وقال عليه السلام كنت نهيتكم عن اكل لحوم الاضاحي فكلوا منها وادخروا ويعطي
غني وفقير مسلم او ذمي لانه لما جاز اكله وهو غني جاز ان يؤكله غنيا اعلم ان الاضحية اما ان يجوز

منذورة اولا فان كان الثاني فالحكم ما ذكره في الكتاب وان كان الاول فليس لصاحبها ان ياكل
منها ولا ان يطعم الاغنياء لان سبيلها التصدق وليس للمتصدق ان ياكل من صدقته وان اكل
فعليه قيمة ما اكل ذكره في شروح الهداية والخلاصة ويلزم الناذر ان لا يعطي اباه ولا ولده كما في
كفارة اليمين ذكره في مجمع الفتاوى وقال القهستاني ياكل الغني غير الموجب على نفسه الاضحية
من لحمها فلا ياكل الغني الموجب لها بنذر او غيره وكذا الفقير انما ناذرا او مشتريا لها لا الفقير
الناذر ولو ضحى عن ميت بغير امره جاز اكل المضحي هو المختار لانه الممكن الثواب للميت ولو ضحى
عنه بامره من ماله فالمختار ان لا ياكل لانها ملك الميت فتصدق كما في المضمرات وغيره انتهى
وفي فتاوى ابن سئل القاضي بديع الدين عن الفقير اذا اشترى شاة للاضحية حتى تصير واجبة
عليه هل يحل له اكله قال نعم وقال القاضي برهان الدين لا يحل كذا في التاتارخانية ولا يجوز اكل
القرابين التي يذبحها الكفرة في عيدهم لانهم يضمون باسم الله سبحانه اسم الغير على وجه العطف
فتدخل تحت قوله تعالى وما اهل به لغير الله فتكون ميتة كذا في درر الملتقط والبزازية والخلاصة
وفي الظهيرية سئل الامام الفضلي الحيوانات التي تذبحها الجهال للقادم فقال كل ذلك لهو ولعب
وحرام وفي ذبح شاة في وجه انسان في وقت الخلعة او القدوم وما اشبه ذلك منهم بجوازات
كفر وفي المحيط او تتخذ ضيافات جوازات كفر ولو فصلنا الكلام ههنا لكان احسن بان نقول
لو ذبح شاة في وجه انسان ان كان مراده تعظيم انسان كفر وان كان مراده من الذبح الضيافة لا يكفر
كذا في تبيين المحارم وندب ان لا ينقص الصدقة عن الثلث لما عرفت مما تلونا وما روينا ان الجهات
ثلاث الاكل والادخار والاطعام فيكون لكل واحد منها الثلث ثم هو السنة والدرجة للمقتصدين
واما درجة السابقين فان ياكل منه بقدر ما يفطر ثم يتصدق بالباقي وابيح ان ياكل او يدخر كله
له ولعياله وهذا درجة العوام كما في كفاية الشعبي وندب تركه اي ذلك التصدق لذي عيال اي لمن عليه
نفقة جماعة توسعة عليهم اي العيال فلو كان عليه نفقة واحد لم يكن الترك ندبا كذا في القهستاني
واذا كانت الاضحية في الرستاق والرجل في المصر يعتبر مكان الاضحية حتى تصرف الى فقراء ذلك الموضع
ذكره في الخلاصة وان يذبح المضحي بيده احسن ان احسن الذبح بان علم شرائطه وقدر عليه لانها
عبادة فاذا فعلها بنفسه كان افضل كما في سائر العبادات والنبي عليه السلام ضحى بكبشين املحين
يذبح ويكبر ويسمي رواه انس وروى جابر انه عليه السلام ضحى بكبشين وقال حين وجههما وجهت
وجهي للذي فطر السموات والارض حنيفا مسلما اللهم منك واليك وعن محمد وامته بسم الله
والله اكبر والا اي وان لم يحسن الذبح بيده يستحب له ان يامر غيره وقد صح ان النبي عليه السلام
تولى البعض بنفسه وولى عليا رضي الله عنه الباقي وحكي ان ابا حنيفة فعل بنفسه ذكره في المحيط
وذكر في الزاد وان كان لا يحسن الذبح يكره لم ذكره في التاتارخانية وان استعان بغيره يستحب له ان يحضر
لقوله عليه السلام لفاطمة يا فاطمة بنت محمد قومي فاشهدي اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة
تقطر من دمها الى الارض كل ذنب اما انه يجاء بدمها ولحمها فيوضع في ميزانك سبعون ضعفا قال
ابو سعيد الخدري يا رسول الله هذا لآل محمد خاصة فانهم اهل لما خصوا به من الخير ام لآل محمد وللمسلمين

عامة كذا في الاختيار وشروح الهداية فروع رجل اراد ان يضحي فوضع صاحب الشاة
يده على السكين مع يد القصاب واعانه على الذبح حتى صار ذابحا مع القصاب قال الشيخ الامام
هذا يجب على كل واحد منهما التسمية حتى لو ترك احدهما التسمية لا يحل الذبيحة وكذا لو علم
صاحب الشاة ان التسمية شرط الا انه ظن ان تسمية احدهما تكفي لا تحل ذبيحته كذا في قاضيخان
ويكره ان ذبحها كتابي لانه عمل هو قربة وهو ليس من اهلها ولو امره فذبح جاز لانه من اهل الذكاة
والقربة اقيمت بانابته ونيته بخلاف ما اذا امر المجوسي لانه ليس من اهل الذكاة فكان افسادا
ويتصدق المضحي بجلدها اي جلد الاضحية لانه جزء منها وكذا جلد هدي المتعة والتطوع او يعمله
اي الجلد آلة تستعمل باقية كجراب او خف او فرو او نطع او دلو او نحو ذلك لان الانتفاع به غير محرم
او يشتري به اي بجلدها ما ينتفع به مع بقائه كغربال ونحوه مما ذكرنا لان للبدل حكم المبدل منه لا يشتري به ما
يستهلك كالخل والمائعات واللحم وشبهه كالابازير اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه انه تصرف على قصد
التمول فان بدل اللحم او جلده [illegible] اي بما يستهلك كالخل والملح تصدق به اعلم ان اللحم بمنزلة
الجلد في الصحيح فلو باع الجلد او اللحم بالدراهم او بما لا ينتفع به الا باستهلاكه تصدق بثمنه لان القربة
انتقلت الى بدله وقوله عليه السلام من باع جلد اضحيته فلا اضحية له يفيد كراهة البيع اما البيع فجائز لقيام
الملك والقدرة على التسليم كذا في الهداية قوله في الصحيح احتراز عما قيل انه ليس في اللحم الا الاكل والاطعام
فلو باع بشيء ينتفع به لا يجوز والصحيح ما قال شيخ الاسلام ان اللحم بمنزلة الجلد ان باعه بشيء ينتفع به بعينه
جاز ذكره في العناية وفي الغاية هو المختار وايد هذا القول بما روى ابن سماعة عن محمد انه لو اشترى باللحم
ثوبا فلا باس بلبسه كذا في التاتارخانية قال في المحيط ويكره له ان يحلب الاضحية ويجز صوفها قبل الذبح
وينتفع به لانه التزم التضحية بجميع اجزائها فلا يجوز له ان يحبس شيئا منها
وان فعل ذلك تصدق به من اصحابنا من قال ان هذا في الشاة التي اوجبها وليست بواجبة
كالمعسر اذا اشترى اضحية فاما الموسر اذا عين اضحية فلا باس بالحلب والجز لان الوجوب لم يتعين
فيها وانما هو واجب في ذمته ويسقط عنه بالذبح وقبل الذبح صار هذه وغيرها سواء وفي العتابية
وهو الصحيح وقال البقالي وما اصاب من لبنها تصدق بمثله او قيمته وكذا الارواث الا ان يعلفها
بقدرها كذا في التاتارخانية والمحيط ولو ذبح اضحية غيره بغير امره جاز استحسانا والقياس ان يكون
ضامنا بقيمتها ولا تجزيه من الاضحية وهو قول زفر لانه ذبح شاة غيره بغير اذنه فيضمن كما لو ذبح
شاة اشتراها القصاب وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح وهو قولنا واطلق المسئلة في الاصل
وقيدها في الاجناس بما اذا اضجعها صاحبها وجه الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها للاضحية
حتى وجب عليه ان يضحي بها بعينها في ايام النحر اذا كان المضحي فقيرا ويكره ان يبدل بها غيرها اذا كان غنيا
فصار المالك مستعينا بكل من يكون اهلا للذبح اذنا له دلالة لانها تفوت بمضي هذه الايام وقد يعجز عن
اقامتها بعوارض فصار كما اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها ليذبحها فان قيل يفوته امر مستحب وهو
ان يذبحها بنفسه او يشهد الذبح فلا يرضى به قلنا يحصل له مستحبان آخران صيرورته مضحيا
لما عينه وكونه معجلا به فيرتضيه ظاهرا ولعلمائنا في هذا الجنس مسائل استحسانية وهي ان من طبخ لحم غيره

بغير اذنه او طحن حنطة او رفع جرة فانكسرت او حمل على دابته فعطبت كل ذلك بغير اذن المالك
يكون ضامنا ولو وضع المالك اللحم في القدر والقدر على الكانون والحطب تحته او جعل الحنطة في الدورق
وربط الدابة عليه او رفع جرة وامالها الى نفسه او حمل على دابته فسقط في الطريق فاوقد هو النار فيه او
ساق الدابة فطحنها او اعانه على رفع الجرة فانكسرت فيما بينهما او حمل على دابته فاسقطا فعطبت
لا يكون ضامنا في هذه الفصول استحسانا لوجود الاذن دلالة كذا في الهداية وعلى هذا لو غلط اثنان
فذبح كل واحد منهما شاة الآخر صح استحسانا ويأخذ كل واحد منهما مسلوخة من صاحبه ولا ضمان
على واحد منهما لانه وكيل فيما فعل دلالة وان كانا قد اكلا منها ثم علما الغلط يتحالان اي يحلل كل واحد منهما
صاحبه ويجزيهما لانه لو اطعمه في الابتداء يجوز وان كان غنيا فكذا له ان يحلله في الانتهاء وان تشاحا اي
تخاصما ولم يحللا ضمن كل واحد صاحبه قيمة لحمه ويتصدق بها اي بتلك القيمة لانها بدل عن اللحم فصار
كما لو باع اضحيته فاشترى بثمنها غيرها لان التضحية لما وقعت من صاحبه كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره
كان الحكم فيه ان يضمن صاحبه قيمة لحمه وصحت التضحية بشاة الغصب لانه ملكها بسابق الغصب
فكانت التضحية واردة على ملكه وهذا يكفي للتضحية دون شاة الوديعة لانه يضمنه بالغصب فكانت
فلم يثبت الملك له الا بعد الذبح فلم تجز عن الاضحية وضمنهما اي ضمن الذابح قيمة الشاة المغصوبة والمودعة
للجناية قال القهستاني وصح بما سرق من احد وعن ابي يوسف لم يصح ولا تصح شاة العارية والبضاعة
والمضاربة والزوج والزوجة والرهن والموكل بالشراء او الحفظ كما في النظم انتهى والذبح يخالف الاعتاق
فان الغاصب اذا اعتق ثم ملكه باداء الضمان لا ينفذ والفرق ان عند اداء الضمان الملك يثبت للغاصب
مستندا الى وقت الغصب السابق والمستند ثابت للحال من وجه ودون ذلك لوقت من وجه فكان الملك فيما بين
العقد واداء الضمان ثابتا من وجه دون وجه ومثل هذا الملك لا يكفي لنفاذ العتق ويكفي لنفاذ القرب كصلاة
المكاتب اذا اعتق واذا احجر وبعث بهدية من كسبه وعن ابي يوسف انه لا يجزيه الذبح عن نفسه باداء
الضمان وقاسه بالاعتاق وهكذا روى ابن رستم عن محمد هذا اذا ضمن الغاصب قيمتها للمالك وان اختار المالك
اخذها مذبوحة فعلى الذابح ان يعيد الذبح بلا خلاف ولو كان مكان الغصب مستودعا وباقي المسئلة
بحالها لا تجزيه عن اضحيته اخذها المالك مذبوحة او ضمنه قيمتها وذكر شيخ الاسلام في مسئلة مودع
الوديعة ما يدل على الجواز ولو كان مكان الغصب استحقاقا فان ضمنه صاحبها قيمتها ذكر الزعفراني انه يجزيه
بلا خلاف وعلى قياس ما ذكر بعض مشايخنا من العلة لنفاذ بيع المذبوح الوديعة اذا اسلمها الى المشتري
وهلكت في يده واختار المالك تضمين ينبغي ان المودع اذا ضحى بالوديعة عن نفسه وضمن القيمة للمالك
انه يجزيه عن اضحيته فانهم قالوا في فصل البيع دفع الوديعة بنية البيع سبب الضمان فعند اداء الضمان
يثبت الملك مستندا الى وقت الدفع والبيع كان بعد فيجوز اي يقال في الاضحية ان اخذ الشاة
بنية الذبح وشد يديها وجرها الى المذبح سبب الضمان فعند اداء الضمان يثبت الملك به مستندا
الى ذلك الوقت والذبح كان بعده فحصل الذبح على ملكه فيجوز وذكر الناطفي في اجناسه فصل الحق
وبقاء انه يجزيه في قول ابي حنيفة وابي يوسف كذا في المحيط

كتاب الكراهية

اورد الكراهية بعد الاضحية لان عامة مسائل كل واحد منهما لم تخل عن اصل وفرع يرد عليه الكراهة الاترى

الاترى

الا يرى ان وقت التضحية من ليالي ايام النحر والتصرف في الاضحية بجز الصوف وحلب اللبن
وفي اقامة غيره مقامه كيف تحققت الكراهة وفي كتاب الكراهية ايضا كذلك وسمي بالكراهية
لان فيه بيان المكروه لهم لوجوب الاحتراز عنه والقدوري سماه في مختصره وشرحه بالحظر
والاباحة وهو صحيح لان الحظر المنع والاباحة الاطلاق وفيه بيان ما يمنع منه الشرع وما ابيح
وسماه بعضهم الاستحسان لان فيه بيان ما حسنه الشرع وقبحه ولفظ الاستحسان احسن
لان اكثر مسائله استحسان لا يخالف القياس وبعضهم يسميه كتاب الزهد والورع
لان كثيرا من المسائل اطلقها الشرع والزهد والورع تركها المكروه الى الحرام اقرب لتعارض
الادلة فيه وتغليب جانب الحرمة لقوله عليه السلام ما اجتمع الحلال والحرام الا وقد غلب الحرام
الحلال قالوا معناه دليل الحل ودليل الحرمة كذا في الاختيار والمراد المكروه تحريما عند الشيخين
اقرب الى الحرام من الحلال فيعاقب فاعله وهو المختار كما في الخلاصة والمضمرات والكبرى والتجنيس
وغيرها وهو الصحيح كما في الجواهر واما ما ذكره تنزيها فالى الحلال اقرب فيثاب تاركه ادنى ثواب والتحريم
في الباب اكثر فالاهتمام به اولى والاصل في الفصل بين الكراهتين انه ان كان الاصل فيه حرمة الا انها
سقطت لعموم البلوى فتنزيه والا فتحريم كسؤر الهرة ولحم الحمار وان كان اباحة غلب على الظن
وجود المحرم فتحريم والا فتنزيه كسؤر البقرة الجلالة وسؤر سباع الطير كما في الجواهر وعند محمد
وفي رواية عن الشيخين كل مكروه اي سواء كان تحريما او تنزيها حرام اي كالحرام في العقوبة بالنار
ولم يتلفظ به اي لم يقل محمد انه حرام لعدم وجدان الدليل القاطع على حرمته فالحرام ما منع عنه بدليل
قطعي وتركه فرض كشرب الخمر والمكروه ما منع بظني وتركه واجب كاكل الضب واللعب بالشطرنج
كما في الكشف والبدعة مرادفة للمكروه عند محمد كما في المعاني كذا في القهستاني **فصل** في الاكل منه
اي من الاكل لتوم من حرام ما هو فرض وهو ما يدفع به الهلاك لانه لا بقاء للبنية اذ لا بقاء لها بدونه وبه
يتمكن من اداء الفرائض ويوجر عليه كما قال صلى الله عليه وسلم ان الله ليوجر في كل شيء حتى اللقمة يرفعها
العبد الى فيه فان ترك الاكل والشرب حتى هلك فقد عصى لان فيه القاء النفس الى التهلكة وانه منهي عنه
قال الله تعالى ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة ومندوب يعني ومن الاكل من انواعها ما هو مندوب ما يوجر عليه
وهو ما زاد على ما يدفع به الهلاك ليتمكن الآكل به من اداء الصلوة الفرض قائما ويسهل عليه الصوم
الفرض قال صلى الله عليه وسلم المؤمن القوي احب الى الله من المؤمن الضعيف ولان الاشتغال بما يتقوى
على الطاعة طاعة وسئل ابو ذر رضي الله عنه افضل الاعمال فقال الصلوة واكل الخبز اشارة الى ما قلنا
ومباح وهو ما زاد على ذلك الى الشبع بكسر الشين وفتح الباء وسكونها اسم ما يغذيه ويقوي
بدنه لزيادة قوة البدن ولا اجر فيه ولا وزر ويحاسب عليه حسابا يسيرا ان كان من حل فقد روي
ان النبي عليه السلام اتي بعرق فيه تمر ورطب فقال انكم تحاسبون في هذا فرفعه عمر ورفضه فقال
الا في هذا الحساب فقال عليه السلام اي والله والذي نفسي بيده انكم لتحاسبون يوم القيمة في الماء
البارد والاطهار الخرقة تستر بها عورتك وكسرة خبز ترد بها جوعتك وشربة ماء تطفي
بها عطشك وقال عليه السلام يكفي ابن آدم لقيمات يقمن صلبه ولا يلام على كفاف في الاكل ولو

من المباحات حرام وهو الزايد عليه اي على الشبع لانه اضاعة للمال وامراض للنفس ولانه تبذير واسراف وقد قال صلى الله عليه وسلم ما ملأ ابن آدم وعاء شرا من البطن فان كان لا بد فثلث للطعام وثلث للشراب وثلث للنفس وتجشأ رجل في مجلس رسول الله صلى الله عليه وسلم فغضب عليه صلى الله عليه وسلم وقال نح عنا تجشأك اما علمت ان اطول الناس جوعا يوم القيامة اكثرهم شبعا في الدنيا وقيل لعمر رضي الله عنه الا تتخذ جوارشا فقال وما يكون الجوارش قالوا هاضوما يهضم الطعام فقال سبحان الله او يأكل المسلم فوق الشبع كذا في الاختيار والاكل فوق الشبع هو اكل طعام غلب على ظنه انه افسد معدته وكذا في الشرب كما في شرح الكرماني وغيره ذكره في القهستاني ثم استثنى من حرمة الاكل فوق الشبع ما استثناه المتأخرون بما له منه غرض صحيح بقوله الا لقصد التقوي على صوم الغد لان فيه فائدة او لئلا يستحيي الضيف الحاضر او الآتي بعد ما اكل قدر حاجته فانه اذا امسك والضيف لم يشبع ربما استحيى فلا يأكل حياء وخجلا فحينئذ لا بأس بالاكل فوق الشبع لئلا يكون من اساءة القرى وهو مذموم عقلا وشرعا ولا يجوز الرياضة بتقليل الاكل حتى يضعف عن اداء العبادة اي الفرائض قال عليه السلام ان نفسك مطيتك فارفق بها وليس من الرفق بها ان تجيعها وتذيبها ولان ترك العبادة لا يجوز فكذا ما يفضي اليه فاما تجويع النفس على وجه لا يعجز عن اداء العبادات فهو مباح وفيه رياضة النفس وبه يصير الطعام مشتهى بخلاف الاول فانه اهلاك النفس وكذا الشاب الذي يخاف الشبق لا بأس بان يمتنع عن الاكل ليكسر شهوته بالجوع على وجه لا يعجز عن اداء العبادات على ما قال عليه السلام فانه له وجاء ومن امتنع عن الميتة حال المخمصة اي المجاعة او صام ولم يأكل حتى مات اثم لانه اهلك نفسه والميتة حال المخمصة اما حلال او مرفوع الاثم فلا يجوز الامتناع عنه اذا تعين لاحياء النفس وروي ذلك عن مسروق وجماعة من العلماء والتابعين واذا كان يأثم بترك اكل الميتة فما ظنك بترك الذبيحة وغيرها من الحلال حتى يموت جوعا بخلاف من امتنع من التداوي حتى مات حيث لم يأثم لانه لا يتعين بان هذا الدواء يشفيه ولعله يصح من غير علاج ولا بأس بالتفكه بانواع الفواكه لقوله تعالى كلوا من طيبات ما رزقناكم وفيه نزل قوله تعالى لا تحرموا طيبات ما احل الله لكم وتركه افضل لئلا تنقص درجته ويدخل تحت قوله تعالى اذهبتم طيباتكم في حياتكم الدنيا واتخاذ الاطعمة والوان المباحات سرف وكذا وضع الخبز على المائدة اكثر من قدر الحاجة لانه عليه السلام عده من اشراط الساعة وعن عائشة رضي الله عنها انه عليه السلام نهى عن ذلك الا ان يكون في قصده ان يدعو الاضياف قوما بعد قوم حتى يأتوا على آخره لان فيه فائدة ومن الاسراف ان يأكل وسط الخبز ويدع حواشيه او يأكل ما انتفخ منه ويترك الباقي لان فيه نوع تجبر الا ان يكون غيره يتناوله فلا بأس به كما اذا اختار رغيفا دون رغيف ومسح الاصابع او السكين بالخبز ووضع المملحة عليه اي على الخبز مكروه لان غيره يستقذره ذلك وفيه اهانة الخبز وقد امرنا باكرامه قال عليه السلام اكرموا الخبز فانه من بركات السموات والارض وقال عليه السلام ما استخف قوم بالخبز الا ابتلاهم الله بالجوع ومن اكرام الخبز ان لا ينتظر الادام اذا حضر ومن الاسراف اذا سقطت من يده لقمة ان يتركها قال عليه السلام اماطوا عنها الاذى ثم كلوها ومن سنة الاكل البسملة في اوله والحمدلة في آخره قال الفقيه ابو الليث

في البستان فاذا قلت بسم الله فارفع صوتك حتى تلقن من معك ولا ينبغي ان ترفع صوتك بالحمد لله في آخره الا ان يكون جلساؤك قد فرغوا من الاكل لان في رفع الصوت منعا لهم من الاكل فان نسي البسملة في اوله فليقل اذا ذكر بسم الله من اوله الى آخره بجميع ذلك ورد الاثر وهو شكر المؤمن اذا رزق قال عليه السلام ان الله يرضى من عبده المؤمن اذا قدم اليه طعام ان يسمي الله في اوله ويحمده في آخره ومن سنته ايضا غسل اليدين قبله اي قبل الاكل وبعده قال النبي عليه السلام الوضوء قبل الطعام ينفي الفقر وبعده ينفي اللمم والمراد بالوضوء هنا غسل اليدين والادب ان يبدأ بالشباب قبله اي قبل الاكل وبالشيوخ بعده كيلا ينتظر الشيوخ وقد امرنا بتوقير الكبراء ولا يمسح يده قبل الطعام بالمنديل ليكون اثر الغسل باقيا وقت الاكل ويمسحها بعده ليزول اثر الطعام بالكلية كذا في الاختيار واعلم ان القياس في غسل اليدين قبل الطعام ان يبدأ من هو في آخر المجلس ويؤخر صاحب الصدر لان في ذلك حبسا عن المس والتناول فالسنة في تأخره لانه قبل اول الفراغ فالاصاغر اولى به وآخر الغسل اطلاق فالاكابر اولى به ولكن الناس قد استحسنوا بالبداية لصاحب الصدر فاذا فعل فلا بأس به واذا غسلوا ايديهم قبل الطعام كان القياس ان لا يمسح الغاسل يده بالمنديل لانه غسل يديه عن المس ولا مس بعد الغسل ولكن العوام قد استحسنوا مسح اليد بالمنديل فاذا فعل ذلك فلا بأس به ذكره الفقيه ابو الليث في البستان قال في المحيط وينبغي ان يصب من الانية على يده بنفسه ولا يستعين بغيره وقد حكي عن بعض مشايخنا انه قال هذا كالوضوء ولا نستعين بغيرنا في وضوئنا ولا يؤكل طعام حار به ورد الاثر ولا يشم الطعام فان ذلك عمل البهائم ولا ينفخ في الطعام والشراب ومن السنة ان لا يأكل الطعام من وسطه بل ينبغي في ابتداء الاكل وفي السنة ان يبدأ بالملح ويختم بالملح فان ذلك من السنة ويقال فيه شفاء من سبعين ومنها ان يلعق اصابعه قبل ان يمسحها بالمنديل وتركه من اثر العجم والجبابرة وفي الخلاصة ومن السنة لحس القصعة وفي فتاوى ابي الليث لا بأس بالاكل متكئا اذا لم يكن على وجه التكبر وفي الظهيرية وهو المختار وفي الخلاصة وكذا مكشوف الرأس وفي التتمة سئل ابو الفضل عن قطع الخبز بالسكين هل يكره فقال لا وسألت عنها ابا حامد فقال ايضا لا يكره وسئل عنها علي بن احمد فقال ينظر ان كان خبزا له عجون بالحليب فلا يكره ولا بأس واذا لم يكن كذلك فهو من اخلاق الاعاجم واما قطع اللحم بالسكين فلا بأس بذلك وسئل ابو الفضل عن سجر التنور باخثاء البقر هل يجوز واذا خبز فيها هل يجوز اكل ذلك الخبز فقال يجوز وسئل ابو حامد عن سجر التنور باخثاء البقر وارواث الحمر هل يجوز ان يخبز فيها الخبز فقال يكره ولو رش عليه الماء بطلت الكراهة وعليه عرف اهل العراق وسئل عنها يوسف بن محمد فقال لا يجوز استعماله من غير ضرورة وبعد الاستعمال رماده طاهر عنده وبه يفتى كذا في التاتارخانية قال في الشرعة ويستحب ان يكون على الطعام من يكون اسمه اسم نبي من الانبياء وان يمسح بعد الطعام ببلل اليدين عينيه روى ابو هريرة ان النبي عليه السلام قال اذا توضأتم فاشربوا اعينكم الماء ولا تنفضوا ايديكم قيل لابي هريرة اي الوضوء وغيره قال نعم في الوضوء وغيره ذكره في العوارف وذكر في بعض الكتب انه يمسح بعد الطعام ببلل اليدين وجهه وذراعيه ومن الآداب ان يدعو للذي يصب الماء على اليد فيقول طهرك الله من الذنوب

وان يصلي ركعتين بعد الفراغ من الطعام شكراً لله تعالى على نعمه كذا في كنز العباد ولا يحل شرب
لبن الاتان ووطي اتنى الحمار الاهلي لان اللبن متولد من اللحم فاخذ حكمه ولا يحل بول الابل وعند ابي يوسف
يحل شربه للتداوي لحديث العرنيين وعند محمد يحل مطلقا وقد مر وجه الكل في كتاب الطهارة
ولا يحل استعمال اناء ذهب وفضة لقوله عليه السلام في الذي يشرب من اناء الذهب والفضة انما يجرجر
في بطنه نار جهنم واتي ابو هريرة رض بشراب في اناء فضة فلم يقبله وقال نهانا عنه رسول الله عليه السلام
فاذا ثبت هذا في الشرب فكذا في الادهان ونحوه لانه في معنى الشرب منها لان كلا منهما استعمال لها والمحرم
هو الاستعمال قيل صورة الادهان المحرم هو ان يأخذ آنية الذهب او الفضة ويصب الدهن على رأسه
واما اذا ادخل يده فيها واخذ الدهن ثم صبه على الرأس من اليد لا يكره قال صاحب النهاية ذكره صاحب
الذخيرة في الجامع الصغير ويحتمل هذا التفصيل في الاكل والشرب ايضا قال اكمل الدين واري ان ما
ذكره مخالف لما ذكر صاحب الهداية في الجملة فان الكحل لابد ان ينفصل عنها حين الاكتحال ومع ذلك
قد ذكره في جملة ما انتهى اقول لكن المكتحل يأخذ المكحلة بيده ويضع فيها الميل بخلاف الآنية اذ
لا يحتاج فيها الى الاخذ باليد كذا في حاشية سعدي چلبي لرجل وامرأة لعموم النهي وحل استعمال اناء عقيق
وبلور وزجاج ورصاص وغيرها من الاحجار وقال الشافعي يكره لانه في معنى الذهب والفضة في التفاخر
قلنا ليس كذلك لانه ما كان من عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة فصل في الكسب قال محمد
بن سماعة سمعت محمد بن الحسن يقول طلب الكسب فريضة كما ان طلب العلم فريضة وهذا صحيح
لما روى ابن مسعود رض عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال طلب الكسب فريضة على كل مسلم وقال
عليه السلام طلب الكسب بعد الصلوة المكتوبة هي الفريضة بعد الفريضة ولانه لا يتوسل الى اقامة الفرض
الا به فكان فرضا لانه لا يتمكن من اداء العبادات الا بقوة بدنه عادة وخلقة قال الله تعالى وما جعلناهم
جسدا لا يأكلون الطعام وتحصيل القوة بالكسب ولانه يحتاج في الطهارة الى آلة الاستقاء والآنية
ويحتاج في الصلوة الى ما يستر عورته وكل ذلك انما يحصل عادة بالاكتساب والرسل عليهم السلام كانوا
يكتسبون فآدم عم زرع الحنطة وسقاها وحصدها وداسها وطحنها وعجنها وخبزها واكلها ونوح
كان نجارا وابرهيم كان بزازا وداود كان يصنع الدرع وسليمان كان يصنع المكاتل من الخوص
وزكريا كان نجارا ونبينا عليه السلام رعى الغنم وكانوا يأكلون من كسبهم وكان الصديق رض بزازا
وعمر يعمل في الاديم وعثمان كان تاجرا يجلب الطعام فيبيعه وعلي كان يكتب فقد صح انه كان يواجر
نفسه ولا يلتفت الى جماعة انكروا ذلك وقعدوا في المساجد اعينهم طامحة وايديهم مادة الى ما في ايدي الناس
يسمون انفسهم المتوكلون وليسوا كذلك يتمسكون بقوله تعالى وفي السماء رزقكم وما توعدون وهم
بمعناه وتأويله جاهلون فان المراد به المطر الذي هو سبب انبات الزرع ولو كان الرزق ينزل علينا من السماء
لما امرنا بالاكتساب والسعي في الاسباب قال الله تعالى فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه وقال الله تعالى انفقوا
من طيبات ما كسبتم وفي الحديث ان الله تعالى يقول يا عبدي حرك يدك انزل عليك الرزق وقال الله تعالى وهزي
اليك بجذع النخلة تساقط عليك رطبا جنيا وكان تعالى قادرا ان يرزقها من غير هز لكن امرها
ليعلم العباد ان لا يتركوا اكتساب الاسباب فان الله هو الرزاق ونظيره هذا خلق الانسان فان الله تعالى قادر

على خلقه

على خلقه لا من سبب ولا في سبب كآدم ويخلق من سبب لا في سبب كحواء وقد يخلق في سبب
ولا من سبب كعيسى وقد يخلق من سبب في سبب كسائر بني آدم فطلب العبد الولد بالنكاح
لا ينفي كون الخالق هو الله تعالى فكذلك طلب الرزق باسبابه لا ينفي كون الرزاق هو الله تعالى والدلائل
على ذلك كثيرة والاحاديث الواردة فيه متواترة وفي هذا بلاغ ومقنع وطلب العلم فريضة قال النبي
عليه السلام طلب العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة وهو اقسام فرض وهو مقدار ما يحتاج اليه لاقامة
الفرائض ومعرفة الحق من الباطل والحلال من الحرام وهو محمل الحديث ومستحب وقربة كتعليم ما لا يحتاج اليه
ليعلم من يحتاج اليه كالفقير يتعلم احكام الزكوة والحج ليعلمها من وجبا عليه وكذلك تعلم الفضائل والسنن
كالاذان والاقامة والجماعة وكسنة الختان ونحوها ومباح وهو الزيادة على ذلك للزينة والكمال ومكروه
وهو التعلم ليباهي به العلماء ويماري به السفهاء قال عليه السلام من تعلم علما ليباهي به العلماء ويماري
السفهاء الجم بلجام من نار يوم القيمة وكذلك كره ابو حنيفة لهم تعلم الكلام والمناظرة فيه وراء قدر
الحاجة والتعليم بقدر ما يحتاج اليه لاقامة الفرض فرض ايضا قال عليه السلام من سئل عن علم عنده احتاج
الناس اليه فكتمه الجم يوم القيمة بلجام من نار حتى لو قالوا يجب على المولى ان يعلم عبده من القرآن والعلم
قدر ما يحتاج اليه لاداء الفرائض ويفترض على العلماء تعليمه الى ان يفهم المتعلم ويحفظ ويضبط
لانه لا يتمكن من اقامة الفرائض الا بالحفظ ولا يجب على الفقيه ان يجيب عن كل ما يسأل اذا كان هناك
من يجيبه غيره فان لم يكن يلزمه الجواب لان الفتوى والتعليم فرض كفاية كذا في الاختيار قال ابن نجيم
في الاشباه طلب العلم يكون فريضة وفرض عين وهو مقدار ما يحتاج اليه لدينه وفرض كفاية وهو ما زاد عليه
لنفع غيره ومندوبا وهو التبحر في الفقه وعلم القلب وحراما وهو علم الفلسفة والشعبذة والتنجيم والرمل
وعلوم الطبايعيين والسحر ودخل في الفلسفة المنطق ومن هذا القسم علم الحروف والموسيقي ومكروها وهو اشعار
المولدين من الغزل والبطالة ومباحا كاشعارهم التي لا سخف فيها انتهى واعلم انه من جعل الحق متعددا
كالمعتزلة اثبت للعامي الخيار من كل مذهب ما يهواه ومن جعله واحدا كعلمائنا الزم العامي مذهبا واحدا
كما في الكشف فلو اخذ من كل مذهب مباحه صار فاسقا تاما كما في شرح الطحاوي للفقيه سعيد بن مسعود فيجب
المذهب للصلابة اي اعتقاد كونه حقا وصوابا كما في الجواهر ومشايخنا قالوا ان مذهبنا صواب يحتمل الخطأ ومذهب
غيرنا خطأ يحتمل الصواب كما في المصفى كذا في القهستاني افضله يعني افضل اسباب الكسب الجهاد لان فيه الجمع
بين حصول الكسب واعزاز الدين وقهر عدو الله تعالى ثم التجارة لان النبي عليه السلام حث عليها فقال التاجر الصدوق
مع الكرام البررة وقال ان الله يحب التاجر الصدوق ثم الحراثة قدم ان اول من فعلها آدم عم قال عليه السلام الزارع
يتاجر ربه وقال اطلبوا الرزق تحت خبايا الارض ثم الصناعة لانه عليه السلام حض عليها فقال الحرفة امان
من الفقر ومنهم من فضل الزراعة على التجارة لانها اعم نفعا قال عليه السلام ما زرع او غرس مسلم شجرة فتناول
منها انسان او دابة او طير الا كانت له صدقة الكل من الاختيار ثم المذهب عند جمهور الفقهاء ان جميع انواعه
في الكسب سواء وبعض الفقهاء قالوا الزراعة مذمومة والصحيح ما ذهب اليه جمهور الفقهاء ثم اختلف مشايخنا في
التجارة والزراعة ايهما افضل قال بعض التجارة افضل واكثر مشايخنا على ان الزراعة افضل كذا في التاتارخانية
قال في البزازية وعندنا الاكثر الزراعة افضل قال عليه السلام اطلبوا الرزق من خبايا الارض ونفعها يصل الى الكل

للحيوانات وفيه احياء الاراضي الموات والحاصل منها بعد تمام تلف البذر ولذا لم يمكنها الوصف فكانت ادخل في التوكل
من التجارة انتهى منه ثم من الكسب ما هو فرض وهو قدر الكفاية لنفسه وعياله وقضاء ديونه لما بينا انه لا يتوسل الى
اقامة الفرائض الا به وهو قضاء دينه ونفقة من يجب عليه نفقته فان ترك الاكتساب بعد ذلك وسعه قال عليه السلام
من اصبح آمنا في سربه معافا في جسده عنده قوت يومه فكانما حيزت له الدنيا بحذافيرها وان اكتسب ما يدخره لنفسه
وعياله فهو في سعة فقد صح ان النبي عليه السلام ادخر قوت عياله سنة ومستحب وهو الزيادة عليه اي على قدر الكفاية
ليواسي به فقيرا او يوصل به قريبا فانه افضل من التخلي لنفل العبادة لان منفعة النفل تخصه ومنفعة الكسب له ولغيره
قال عليه السلام خير الناس من ينفع الناس وقال عليه السلام تباهت العبادات فقالت الصدقة انا افضلها وقال عم
الناس عيال الله في الارض واحبهم اليه انفعهم لعياله ومباح وهو الزيادة للتجمل والتنعم قال عليه السلام نعم
المال الصالح للرجل الصالح وقال عليه السلام من طلب الدنيا حلالا متعففا لقي الله ووجهه كالقمر ليلة البدر وحرام هو
الجمع للتفاخر والتكاثر والبطر والاشر وان كان من حل قال عليه السلام من طلب الدنيا مفاخرا مكاثرا لقي
الله وهو عليه غضبان وينفق على نفسه وعياله بلا اسراف ولا تقتير ولا يتكلف لتحصيل جميع شهواتهم ولا يمنعهم
جميعها ويتوسط قال الله تعالى والذين اذا انفقوا لم يسرفوا الآية قواما ولا يستديم الشبع قال عليه السلام
اجوع يوما واشبع يوما فالحاصل انه يحرم على المسلم الافساد لما اكتسبه والسرف والمخيلة فيه قال الله تعالى ولا تبغ
الفساد في الارض وقال لا يحب الفساد وقال ولا تسرفوا انه لا يحب المسرفين وقال ولا تبذر تبذيرا ان المبذرين
كانوا اخوان الشياطين ومن قدر على الكسب لزمه ان يكتسب ما يبينا وان عجز عنه اي عن الكسب لزمه السؤال
فانه نوع اكتساب لكن لا يحل الا عند العجز قال عليه السلام السؤال آخر كسب العبد فان تركه اي السؤال مع القدرة عليه
حتى مات اثم لانه القى نفسه الى التهلكة فان السؤال يوصله الى ما تقوم به نفسه في هذه الحالة كالكسب ولا ذل في السؤال
في هذه الحالة فقد اخبر الله تعالى عن موسى وصاحبه انهما اتيا اهل قرية استطعما اهلها وقال عليه السلام لرجل من اصحابه هل عندك
شيء نأكله ومن كان عنده قوت يوم لا يحل له السؤال لقوله عم من سأل الناس وهو غني عما يسأل جاء يوم القيمة
ومسألته خدوش او خموش او كدوح في وجهه ولانه اذل نفسه من غير ضرورة وانه حرام قال عليه السلام لا يحل لمسلم
ان يذل نفسه وان عجز عنه اي عن السؤال بان اشتد جوعه حتى عجز عن طلب القوت يفرض على من علم به ان يطعمه او
يدل عليه من يطعمه صونا له عن الهلاك فان امتنعوا من ذلك حتى مات اشتركوا في الاثم قال عليه السلام ما آمن من بات شبعان
وجاره الى جنبه طاو وقال عليه السلام ايما رجل مات جيعا بين اقوام اغنياء فقد برئت منهم ذمة الله وذمة رسوله
واذا اطعمه واحد سقط عن الباقين وكذا اذا رأى لقيطا اشرف على الهلاك او اعمى كاد ان يتردى في البئر وصار
هذا كانجاء الغريق ويكره اعطاء سؤال المسجد لانه جاء في الاثر ينادي يوم القيمة ليقم بغيض الله فيقوم
سؤال المسجد وقيل ان كان لا يتخطى رقاب الناس ولا يمر بين يدي مصل لا يكره وهو المختار فقد
روي انهم كانوا يسألون في المسجد على عهد رسول الله عليه السلام حتى روي ان عليا تصدق بخاتمه
في الصلوة فمدحه الله تعالى بقوله ويؤتون الزكوة وهم راكعون وان كان يمر بين يدي المصلين ويتخطى
رقاب الناس يكره لانه اعانة على اذى الناس حتى قيل هذا فلس يكفره سبعون فلسا ولا يجوز قبول هدية
امراء الجور لان الغالب في مالهم الحرمة الا اذا علم ان اكثر ماله من حل بان كان صاحب تجارة او زرع فلا بأس
لان اموال الناس لا تخلو عن قليل حرام فالمعتبر الغالب وكذا اكل طعامهم كذا في الاختيار وحكي عن الشيخ الامام
ابي

ابي بكر محمد بن الفضل انه سئل عن هدايا الامراء في زماننا قال ترد على اربابها والشيخ الامام ابو بكر
محمد بن حامد سئل عن هذا فقال توضع في بيت المال وهكذا ذكره محمد في السير الكبير وذكر محمد بن الفضل
فقال اني كنت اعلم ان المذهب ذلك الا اني لم افت به مخافة ان توضع في بيت المال ثم الامراء يصرفونها
الى شهواتهم واهوائهم فقد علمنا انهم يسكونها في بيت المال لشهواتهم لا لجماعة المسلمين وعن عمر رض
انه كان يمنع عماله عن قبول الهدايا واذا قبلوها ردها على اصحابها ان قدروا عليهم وان لم يقدروا عليهم
وضعوها في بيت المال واختلف الصحابة ومن بعدهم في جواز قبول الهدية من امراء الجور فكان ابن عباس
وابن عمر يقبلان هدية المختار وعن ابرهيم الحنفي انه كان يجوز ذلك وابو ذر وابو درداء كانا لا يجوزان
ذلك وعن علي رض انه قال ان السلطان يصيب من الحلال والحرام فاذا اعطاك شيئا فخذ فان ما يعطيك
حلال لك وحاصل المذهب فيه انه ان كان اكثر ماله من الرشوة والحرام لم يحل قبول الجائزة ما لم يعلم ان ذلك له
من وجه حلال وان كان صاحب تجارة وزرع واكثر ماله من ذلك فلا بأس بقبول الجائزة منه ما لم يعلم ان ذلك له
من وجه حرام وفي قبول رسول الله عليه السلام الهدية من بعض المشركين دليل على ما قلنا وفي فتاوى ظهيرية
وفي شرح حيل الخصاف لشمس الائمة الحلواني ان الشيخ الامام ابا القاسم الحكيم كان ممن يأخذ جائزة السلطان
وكان يستقرض لجميع حوائجه وما يأخذ من الجائزة كان يقضي به ديونه والحيلة في مثل هذه المسائل ان يشتري
نسيئة ثم ينقد ثمنه من اي مال احب قال ابو يوسف سألت ابا حنيفة رحمه عن الحيلة مثل هذا فاجابني بما
ذكرنا وسئل ابو حنيفة رحمه عن اكل طعام السلاطين والظلمة واخذ جوائزهم قال يتحرى عند الاكل والاخذ
فان وقع في قلبه انه حلال يتناول ويأخذ والا فلا وسئل علي الرازي عن بيت المال هل للاغنياء فيه نصيب قال لا
الا ان يكون عاملا او قاضيا وكذا ليس للفقهاء نصيب الا لفقيه فرغ نفسه ليعلم الناس الفقه والقرآن كذا في
التاتارخانية ولا تكره اجارة بيت بالسواد ليتخذ بيت نار للمجوس او كنيسة او بيعة الا ولى لمعبد اليهود
والثاني لمعبد النصارى ذكره في الصحاح او يباع فيه الخمر لتحلل فعل فاعل مختار وعندهما يكره لهما انه اعانة على
المعصية وله ان العقد ورد على منفعة البيت حتى وجبت الاجرة بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية
بفعل المستأجر وهو مختار في فعله فيقطع نسبته عن العقد وتكره تلك الاجارة في المصر اجماعا لانهم لا يمكنون
من اتخاذ البيع والكنائس واظهار بيع الخمور والخنازير في الامصار لظهور شعائر الاسلام منها بخلاف السواد
وكذا في سواد غالب اهله اهل الاسلام قالوا ما ذكره ابو حنيفة كان في سواد الكوفة لان غالب اهلها اهل الذمة فاما في
سوادنا فاعلام الاسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها ايضا وهو الاصح كذا في الهداية والايضاح ومن حمل لذمي
خمرا باجر طاب له الاجر عند ابي حنيفة وعندهما يكره لانه اعانة على المعصية وقد صح ان النبي عليه السلام لعن
في الخمر عشرا حاملها والمحمول اليه وله ان المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورة الحمل
ولا القصد به والحديث محمول على الحمل المقرون لقصد المعصية حتى لو حملها ليريقها او ليتخللها جاز ولا بأس بقبول
هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة دابته وكره قبول كسوته ثوبا واهدائه احد النقدين اي
الدرهم والدينار وهذا استحسان وفي القياس كل ذلك باطل لانه تبرع والعبد ليس من اهله وجه الاستحسان
انه عليه السلام قبل هدية سلمان حين كان عبدا وقبل هدية بريرة وكانت مكاتبة واجاب رهط من الصحابة
دعوة مولى ابي اسيد وكان عبدا ولان في هذه الاشياء ضرورة لا يجد التاجر بدا منها ومن ملك شيئا يملك ما هو من

من ضروراته ولا ضرورة في الكسوة واهداء الدراهم فبقي على اصل القياس ويقبل في المعاملات قول الفرد
لان المعاملات يكثر وجودها فلو شرطنا شرطا زائدا من العدالة او العدد لوقع الناس في الحرج وقد قال الله تعالى
وما جعل عليكم في الدين من حرج فيقبل قول الواحد ولو انثى او عبدا او فاسقا او كافرا دفعا للحرج كقوله شريت
هذا اللحم من مسلم او كتابي فيحل او من مجوسي فيحرم حتى لو ارسل اجيرا له مجوسيا او خادما فاشترى
لحما فقال اشتريته من مسلم او من يهودي او من نصراني وسعه اكله لما عرفت ان قول الكافر مقبول في المعاملات
لانه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب وان الحاجة ماسة الى قبوله لكثرة المعاملات
بخلاف ما اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل في الحل اولى ان يقبل في الحرمة لان الحرمة مرجحة على الحل
ويقبل قول العبد والامة والصبي في الهدية والاذن لان الهدايا تبعث عادة على ايدي هؤلاء وكذا الاذن
لا يمكنهم استصحاب الشهود على الاذن عند الضرب في الارض والمبايعة في السوق فلو لم يقبل قولهم يؤدي
الى الحرج وفي الجامع الصغير اذا قالت جارية لرجل بعثني مولاي اليك هدية وسعه ان يأخذها لانه لا فرق
بينهما اذا اخبرت باهداء المولى غيرها او نفسها لما قلنا ان الهدايا تبعث عادة على ايدي هؤلاء كذا في الهداية
وشروحها وشرط العدالة في قبول القول في الديانات المحضة لانها لا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات
فجاز ان يشترط فيها شرط زائد فلا يقبل الا قول المسلم العدل لان الفاسق متهم والكافر لا يلتزم الحكم
فليس له ان يلزم المسلم بخلاف المعاملات لان الكافر لا يمكنه المقام في دارنا الا بالمعاملة ولا يتهيأ له المعاملة
الا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة كالخبر عن نجاسة الماء فيتيمم ان اخبر بها عدل مسلم ولو انثى او عبدا او
امة بلا تحر لان خبر هؤلاء في امور الدين كخبر الحر اذا كان عدلا وكما في رواية الاخبار لانه يلتزم بنفسه اولا
ثم يتعدى منه الى غيره فلا يكون من باب الولاية على الغير وبالعدالة يترجح الصدق بخلاف الصبي والمعتوه و
الكافر حيث لا تقبل اخبارهم في الديانات اصلا فلا يلتفت الى قولهم فلا يجب التحري ذكره في التوضيح
قال في الاختيار فلو اخبره ذمي بنجاسة الماء لم يقبل قوله لان الظاهر كذبه اضرارا بالمسلم للعداوة الدينية
انتهى ويتحرى ان السائل في خبر الفاسق بالنجاسة والمستور اعلم ان قول المستور لا يقبل في الديانات
في ظاهر الرواية كالفاسق وروى الحسن عن ابي حنيفة رح انه يقبل قوله فيها جريا على مذهبه انه
يجوز القضاء به اذا لم يطعن الخصم وظاهر الرواية اصح لانه لا بد من اعتبار احد شطري الشهادة ليكون
الخبر ملزما وقد سقط اعتبار العدد فبقي اعتبار العدالة كذا في شروح الهداية ثم يعمل بغالب رأيه
فان كان اكبر رأيه انه صادق يتيمم ولا يتوضأ وان كان اكبر رأيه انه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم وان
لم يترجح احد الجانبين قبل الاصل الطهارة هذا بيان الحكم واما بيان الاحتياط فاشار اليه بقوله
ولو اراق هذا الماء المخبر بانه نجس فيتيمم عند غلبة صدقه او توضأ وتيمم عند غلبة كذبه كان احوط
للخروج عن العهدة **فصل** في اللبس والكسوة اعلم ان من الكسوة ما هو فرض وهو ما يستر العورة
ويدفع ضرر الحر والبرد قال الله تعالى خذوا زينتكم عند كل مسجد اي ما يستر عورتكم عند الصلوة ولانه
لا يقدر على اداء الصلوة الا بستر العورة وخلقه لا يحتمل الحر والبرد فيحتاج الى دفع ذلك بالكسوة فصار
نظير الطعام والشراب وكان فرضا والاولى كونه من القطن او الكتان لانه هو الماثور وهو ابعد
عن الخيلاء وينبغي ان يكون بين النفيس والخسيس لئلا يحتقر في الدني ويأخذه الخيلاء في النفيس

وعن النبي

وعن النبي عليه السلام انه نهى عن الشهرتين وهو ما كان في غاية النفاسة وما كان في نهاية
الخساسة وخير الامور اوسطها وينبغي ان يلبس الغسيل في عامة الاوقات ولا يتكلف لجديد قال صلى الله
عليه وسلم البذاذة من الايمان كذا في الاختيار قال في المحيط وذكر هشام عن محمد انه لم ير باللباس المرتفع
جدا باسا وكذا لم ير باللبد الاحمر للسرج باسا وعن ابن مسعود رضي الله عنه قال اتقوا الشهرتين
في اللباس معناه ينبغي للانسان ان لا يختار لنفسه اللبسة المحقرة التي ترجع الى الاهانة ولا اللبسة المشهورة
التي تجعل اللابس نفسه اعجوبة للخلق ينظر اليه كل ناظر بل يختار رفيعا بين ذلك فالوسط محمود في كل شيء
وفي البستان قال الشعبي رض البس من الثياب ما لا يزدريك السفهاء ولا يعيب الفقهاء عليك كذا في التاتار
خانية ومستحب وهو الزائد على ما ذكر لاخذ الزينة واظهار نعمة الله تعالى قال عليه السلام ان الله يحب
ان يرى اثر نعمه على عبده يعني اذا اتى الله تعالى عبده نعمة من نعم الدنيا فليظهرها من نفسه ليلبس لباسا
نظيفا يليق بحاله وليكن نيته في لبسه اظهار نعمة الله تعالى عليه ليقصده المحتاجون لطلب الزكوة
والصدقات وكذلك للعلماء ينبغي ان يظهروا علمهم ليعرفهم الناس ليستفتوا منهم ويستفيدوا
من علمه كذا في شرح الشرعة نقلا عن شرح المصابيح ومباح وهو الثوب الجميل للتزين في الجمع والاعياد
ومجامع الناس قد روي انه عليه السلام كان له جبة فنك يلبسها يوم العيد واهدى له المقوقس
قباء مكفوفا بالحرير فكان يلبسه للجمع والاعياد ولقاء الوفود الا ان في تكلف ذلك في جميع الاوقات صلفا
ومشقة وربما يغيظ المحتاجين فالتحرز عنه اولى ومكروه وهو اللبس للتكبر والخيلاء انما يينا ولقوله عم
للمقداد بن معدي كرب كل والبس واشرب من غير مخيلة كذا في الاختيار قال في الكبرى لبس الثياب الجميلة
مباح ان كان لا يتكبر لان التكبر حرام وتفسيره ان يكون معها كما كان قبلها كذا في كنز العباد وكذا
نقل شارح الشرعة هذا التفسير عن عتبة الفتاوى وذكر في العيون روى هشام عن محمد في رجل لبس
قلنسوة الثعالب انه يأخذ به يعني لا بأس به وهو قول ابي حنيفة وكان على ابي حنيفة سنجاب وعلى
الضحاك قلنسوة سمور وفي الذخيرة سئل عن الزينة والتجمل في الدنيا قال خرج رسول الله صلى
الله عليه وسلم ذات يوم وعليه رداء قيمته الف درهم وربما قام الى الصلوة وعليه رداء قيمته اربعة
الاف درهم ودخل رجل من اصحابه عليه يوما رث الثياب فقال عليه السلام اذا انعم الله تعالى على عبد
احب ان يرى اثار نعمته عليه وابو حنيفة رحمه الله كان يرتدي برداء قيمته اربعمائة دينار وكان ابوح
يقول لتلامذته اذا رجعتم الى اوطانكم فعليكم بالثياب النفيسة واياكم والثياب الخسيسة فان
الناس ينظرون اليكم بعين الرحمة فهو مع زهادته وورعه كان يوصيهم بذلك ومحمد بن الحسن كان
يلبس الثياب النفيسة فقيل له في ذلك فقال لي نساء وجوار فازين نفسي كيلا ينظرن الى
غيري وكان يتعمم بعمامة سوداء فدخلت عليه يوما مستفتية وبقيت متحيرة تنظر في وجهه
فقال ما شانك فقالت اتعجب في بياض وجهك تحت سواد عمامتك فوضعها عن رأسه ولم يتعمم
بالعمامة السوداء بعد ذلك قيل للشيخ اليس روي عن عمر رض انه كان يلبس قميصا عليه كذا رقعة
قال انما فعل عمر لنوع من الحكمة انه كان امير المؤمنين فلو لبس ثيابا نفيسة واتخذ لنفسه الوانا
من الاطعمة فعماله وحشمه يقتدون به وربما لا يكون لهم مال فيأخذون من مال المسلمين فانما

اختار ذلك لهذه المصلحة وفي الخلاصة لا بأس بلبس الثياب الجميلة اذا كان لا يتكبر ولا يطيع فرايض
الله ولا يمنع حقوق الله وفي الذخيرة ذكر في كراهة ابي يوسف في حديث سعيد بن جبير رض انه كان
يلبس قلنسوة الثعالب ولا يصلي فيها هذا كله منه قلت هذا اشارة الى انه لا يجوز لبسه بلا ضرورة
كذا في التاتارخانية ويستحب الابيض من الثياب روي عن عبد الله بن عباس رض عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال البسوا من ثيابكم البيض فكفنوا فيها موتاكم فانها من خير ثيابكم وقال عليه السلام ان الله يحب
الثياب البيض وانه خلق الجنة بيضاء كذا في البستان والاختيار وعن سمرة عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه قال البسوا الثياب البيض فانها اطهر واطيب وكفنوا فيها موتاكم فقوله اطهر لعدم
وصول ايدي الصباغ والصبغ اليه وقوله اطيب اي احسن لبقائه على اللون الذي خلق عليه وترك
تغيير خلق الله احسن واحب الا ما نص على استحباب تغيره كخضاب المرأة يديها بالحناء وكذا لحضاب
الشيب كذا في المظهر لكن ينبغي ان يعلم ان هذا في غير الخف فان الاحب غير الابيض لما ذكر في القنية
ان الخف الاحمر خف فرعون والخف الابيض خف هامان والخف الاسود خف العلماء
وروي ان خف النبي صلى الله عليه وسلم كان اسود كذا في شرح شرعة الاسلام والاسود ذكر محمد
في السير الكبير في باب الغنائم حديثا يدل على ان لبس السواد مستحب وقد روي ترك محمد بن الحسن لبس
العمامة السوداء ويكره الاحمر من الثياب لقوله عليه السلام اياكم والحمرة فانها زين الشيطان والمعصفر
اي الثوب المصبوغ بالعصفر وهو صبغ احمر معروف لانه عليه السلام نهى عن لبس المعصفر ولا يظاهر
بين جبتين او اكثر في الشتاء اذا وقع الاكتفاء بدون ذلك لانه يغيظ المحتاجين وفيه تجبر وكان
عمر رض لا يلبس الا الخشن واختيار الخشن اولى في الشتاء فانه ادفع للبرد واللين في الصيف فانه
انشف للعرق وان لبس اللين في الوقتين لا بأس قال الله تعالى قل من حرم زينة الله التي اخرج
لعباده كذا في الاختيار ولبس الخلق من الثياب مع اليسار من التواضع روي انه كان لعمر بن عبد
العزيز غلام يقال له سالم فقطع عمر قميصا ثمنه اربعة دراهم فمسحه بيده وقال الى الخشن ما اسأل
عن ليّنه فبكى سالم وقال يا مولاي رأيتك قبل الخلافة لبست قميصا باربعين دينارا فاخشنته
فقال يا سالم اني ما نلت شيئا الا طلبت ما فوقه فلما نلت الخلافة علمت ان ليس فوقها الا الجنة
فكنت اطلبها بترك مرادات النفس ذكره في المحاضرات وفي الحديث من رق ثوبه رق دينه وقيل كان
عمر رض اذا رأى على رجل ثوبين رقيقين علاه بالدرة وقال دعوا هذه للنساء قد ورد في الخبر
من ترك ثوب جمال وهو قادر على لبسه البسه الله من حلل الجنة قال الشيخ في العوارف اما لبس
الناعم فلا يصح الا لعالم بحاله بصير بصفات نفسه متفقد خفي شهوات النفس بلطف الله تعالى بحسن النية
في ذلك على ما نواه ولبس الصوف والشعر من سنة الانبياء وانه اية التواضع وفي الحديث اول
من لبس الصوف ادم عليه السلام وحواء حين خرجا من الجنة ومنه كان النبي عليه السلام يلبس الصوف
ويركب الحمار وعن ابن مسعود انه قال ان موسى عليه السلام لما كلمه الله تعالى كانت عليه جبة صوف
وازار صوف وسربال صوف وقال الحسن كان عيسى عليه السلام يلبس الشعر ذكره في الخلاصة
ولبس العباء ايضا مستحب واول من لبسها سليمان عليه السلام تشبها بالمساكين ولبس السراويل

سنة

سنة الانبياء واول من لبسه ابرهيم خليل الله عليه الصلوة والسلام ليكون حائلا بين عضوه المعهود
وبين الارض ولبس العمامة حلية ووقار ودليل عليهما ومن سننها ان الوجه قد لبس النبي عليه السلام
عمامة سوداء ويسدل عمامته بين كتفيه فانه سنة مستحبة ايضا كما في الشرعة وشرحها والسنة
ارخاء اي ارسال طرف اي ذنب العمامة بين كتفيه هكذا فعله النبي صلى الله عليه وسلم ثم قيل قدر شبر
وقيل الى موضع وسط الظهر وقيل الى موضع الجلوس واذا اراد تجديد لفها نقضها كما لفها لا يلقيها
على الارض دفعة واحدة هكذا نقل من فعله صلى الله عليه وسلم فسدلها بين يدي ومن خلفي رواه ابو داود وكذا
في مشكوة المصابيح في كتاب اللباس وكان يعتم رسول الله عليه السلام يدير كور العمامة من القدام ويغرس
من ورائه ويرخي طرفها بين كتفيه وافضل السدل بين كتفيه ثم المنكبين من وراء وامام ذكره ابن حجر في
شرح الشمائل النبوية كذا في محاضرات الاوائل في الفصل السابع عشر ويحل للنساء لبس الحرير وهو ثوب يكون سداه
ولحمته ابريسما ولا يحل للرجال لان النبي عليه السلام نهى عن لبس الحرير والديباج وقال انما يلبسه من لا خلاق له في الاخرة
وانما حل للنساء بحديث اخر وهو ما رواه عدة من الصحابة منهم علي رض ان النبي عليه السلام خرج يوما وباحدى
يديه حرير وبالاخرى ذهب فقال هذان حرامان على ذكور امتي حلال لاناثهم الا مقدار اربع اصابع ولو
عرضا لان القليل عفو كالعلم والمكفوف بالحرير لما روي انه عليه السلام نهى عن لبس الحرير الا موضع اصبعين
او ثلاثة او اربع اراد الاعلام وعنه عم انه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير ولا بأس بتوسده
اي الحرير وافتراشه والنوم عليه عنده خلافا لهما وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الابواب لهما العمومات
المذكورة ولانه من زي الاكاسرة والجبابرة والتشبه بهم فيما فيه حرام قال عمر رض اياكم وزي الاعاجم وله ما روي
انه عليه السلام جلس على مرفقة حرير وقد كان على بساط عبد الله بن عباس مرفقة حرير ولان القليل
من الملبوس مباح كالاعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع كونه نموذجا فان المستعمل
يعلم بهذا المقدار لذة ما وعد له في الاخرة منه ليرغب في تحصيل سبب يوصله اليه كذا في الهداية وشروحها
ولو صلى على سجادة من الابريسم لم يكره فان الحرام هو اللبس اما الانتفاع بسائر الوجوه فليس بحرام
كما في صلوة الجواهر فلا يلبس الحرير وان لم يتصل بجلده وقال صاحب المحيط انه اذا لم يتصل بجلده لم يكره
عند ابي ح الا ان الاول هو الصحيح وقيل انه حرام على النساء ايضا وعامة الفقهاء انه حل لهن وحرام عليهم
ولا بأس بلبس ما سداه بالفتح اي ما مد من الثوب ابريسم ولحمته بالضم وهو ما ادخل السدى غيره سواء كان
مغلوبا او غالبا او مساويا للحرير وقيل لا يلبس الا اذا غلب اللحمة على الحرير والصحيح هو الاول كما في المحيط
كذا في القهستاني واما كره لبس ما سداه غير ولحمته غير حرير كالقطن والخز في الحرب وغيره لان الصحابة كانوا
يلبسون الخز والخز مسدى بالحرير ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة
دون السدى وعكسه وهو ما لحمته ابريسم وسداه غير لا يلبس في حال الا في حال الحرب للضرورة ويكره في غير
الحرب لانعدامها ويكره لبس خالصه فيها اي في الحرب عنده خلافا لهما لما روى الشعبي انه عليه السلام رخص لبس
الحرير في الحرب ولان الخالص فيه ضرورة فان الخالص منه ادفع لمضرة السلاح واهيب في عين العدو لبريقه
وله انه لا فصل فيما رويناه والضرورة اندفعت بالمخلوط وهو الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك والمخلوط
الحرام لا يستباح الا للضرورة وما رواه الشعبي محمول على المخلوط والعبرة باللحمة لان الحكم اذا تعلق بعلة

كذا قاله ... عن عبد الرحمن بن عوف قال عممني رسول الله صلى الله عليه وسلم

والعبرة باللحمة لان الحكم اذا تعلق بعلة ذات وصفين يضاف الى آخرهما وجودا واللحمة كذلك كما عرفت
وقال صاحب المحيط وفي شرح القاضي الامام الاسبيجابي ان عندهما انما لا يكره لبس الحرير للرجال في حالة الحرب
اذا كان كثيفا يدفع مضرة السلاح وفي المضمرات ما اذا كان رقيقا لا يصلح لذلك فان ذلك مكروه بالاجماع
وفي المحيط وانما يكره اذا لم يقع الحاجة في لبسه فاما اذا وقعت الحاجة فلا بأس بلبسه لما روي عن عبد الرحمن
بن عوف والزبير انه كان بهما جرب كثير فاستأذنا رسول الله عليه السلام في لبس الحرير فاذن لهما كذا
في التاتارخانية ويجوز للنساء التحلي بالذهب والفضة لا للرجال اما عدم جواز استعمال الذهب للرجال فلما روينا
واما الفضة فلكونها بمعناه الا الخاتم فيه لغتان كسر التاء وفتحها والكسر افصح يعني استعمال الخاتم منها على هيئة
خاتم الرجال فانه يحل عليهم واما اذا كان له فصان او اكثر فحرام كما اذا كان من الذهب فانه حرام عليهم عند
عامة العلماء وقالوا ان قصد بالتختم التجبر فمكروه كما في الكفاية وقال في الاختيار والسنة ان يكون الخاتم على قدر
مثقال فما دونه ويجعل فصه عقيقا او فيروزجا او ياقوتا او نحوه وينقش عليه اسمه او اسم ابيه او اسما من اسماء الله
لتعامل الناس ذلك من غير نكير وفي البستان لا ينقش محمد رسول الله وكان ذلك نقش خاتمه صلى الله عليه وسلم
بثلاثة اسطر كل كلمة سطر ونقش خاتم ابي بكر نعم القادر الله وعمر كفى بالموت واعظا يا عمر وعثمان لتصبرن
او لتندمن وعلي الملك لله وخاتم ابي حنيفة قل الخير والا فاسكت وابي يوسف من عمل برأيه فقد ندم ومحمد من
صبر ظفر ولو نقش اسمه تعالى او اسم نبي صلى الله عليه وسلم استحب ان يجعل الفص في كمه اذا دخل الخلاء وان يجعل في
يمينه اذا استنجى وفي المحيط ان يجعل في اليمنى الا انه شعار الرفضة واستعمال المنطقة حلقتاه منها بكسر الميم وفتح
الطاء وقيل ان كان كثيرا فيكره كما في المنية ولو كان الكل او الاكثر منها يكره كما في الظهيرية كذا في القهستاني ويجعل
الخاتم في اليد اليسرى لما في الخبر وقوله عليه السلام اجعلها في يمينك كان في الابتداء ثم صار ذلك من علامات البغي كذا في
الخلاصة وحلية السيف اي واستعمال سيف محلى من فضة تحقيقا لمعنى النموذج والفضة اغنت من الذهب
اذ هما من جنس واحد وقد جاء في اباحة ذلك اثر هو ما روي عن معاذ رضي الله عنه انه كان له خاتم من فضة ونقشه محمد
رسول الله فقال له النبي عليه السلام ما نقش خاتمك يا معاذ فقال محمد رسول الله فقال عليه السلام آمن كل شيء
من معاذ حتى خاتمه ثم استوهبه النبي عليه السلام من معاذ فوهبه منه فكان في يده عليه السلام الى ان توفي ثم كان
في يد ابي بكر الى ان توفي ثم كان في يد عمر الى ان توفي ثم كان في يد عثمان الى ان توفي حتى وقع من يده في البئر فانفق مالا
عظيما في طلبه فلم يجده ووقع الخلاف والتشويش بينهم حين وقع الخاتم في البئر ذكره في النهاية وقال في الاختيار
اما الخاتم والمنطقة وحلية السيف فبالاجماع والا استعمال مسمار اي وتد الذهب في ثقب الفص لانه تابع كالعلم
في الثوب فلا يعد لابسا له وكتابة الثوب بذهب وفضة لا ذلك تبع له فلا حكم له وشد السن بالفضة
ولا يجوز شده بالذهب عنده خلافا لهما لان عرفجة بن اسعد اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذه من فضة
فانتن فامره النبي عليه السلام بان يتخذ انفا من ذهب وله ان الاصل فيه التحريم والاباحة للضرورة وقد
اندفعت بالفضة وهي الادنى فبقي الذهب على التحريم والضرورة فيما روي لم يندفع في الانف دونه حيث
انتن كذا في الهداية ولا يتختم بحجر ولا صفر ولا حديد في الجامع ولا يتختم الا بالفضة وهذا نص على ان التختم
بالحجر والحديد والصفر حرام ورأى رسول الله عليه السلام على رجل خاتم صفر فقال ما لي اجد منك رائحة
الاصنام ورأى على آخر خاتم حديد فقال ما لي ارى عليك حلية اهل النار كذا في الهداية وان لفظ الجامع

الصغير

الجامع الصغير لاداة الحصر فيه وقيل يباح التختم بالحجر اليشب ومن الناس من اطلق في الحجر الذي يقال له
اليشب منهم شمس الائمة السرخسي فقال الاصح انه لا بأس به كالعقيق فانه مبارك تختم النبي عليه السلام وانه ليس بحجر
اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق جواب الجامع الصغير يدل على تحريمه ولانه يتخذ منه الاصنام فاشبه الصفر الذي هو
المنصوص عليه كذا في العناية وترك التختم افضل لغير السلطان والقاضي قال في الاختيار التختم سنة لمن يحتاج
اليه كالسلطان والقاضي ومن في معناهما ومن لا حاجة له اليه فتركه افضل انتهى وروي في بعض الاخبار عن
رسول الله عليه السلام انه نهى عن لبس الخاتم الا لذي السلطان وروي عن بعض التابعين انه قال لا يتختم الا ثلاثة
امير او كاتب او احمق كذا في بستان الفقيه ابي الليث ويجوز الاكل والشرب عنده من اناء مفضض اي مزين
بالفضة والجلوس على سرير مفضض بشرط اتقاء موضع الفضة بان لا يكون الفضة في موضع الفم عند الاكل
والشرب وفي موضع اليد عند الاخذ وفي موضع الجلوس على السرير ويكره ذلك عند ابي يوسف وعن محمد روايتان
في رواية قول محمد مع ابي حنيفة وفي اخرى مع ابي يوسف وعلى هذا الخلاف الاناء المضبب بالذهب والفضة والكرسي
المضبب بهما وكذا اذا جعل ذلك في السيف والمشجر وحلقة المرآة وجعل المصحف مذهبا او مفضضا وكذا
الاختلاف في اللجام والركاب والثفر اذا كان مفضضا وكذا الثوب فيه كتابة بذهب وفضة على هذا وهذا الاختلاف
فيما يخلص فاما التمويه الذي لا يخلص فلا بأس به بالاجماع لهما ان مستعمل جزء من الاناء مستعمل لجميع الاجزاء فيكره
كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة وله ان ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم
في الثوب ومسمار الذهب في الفص كذا في الهداية المضبب المشدود بالضباب جمع ضبة وهي حديدة عريضة والمشجر
المسند والثفر ما يجعل تحت الداية حكي ان هذه المسئلة وقعت في دار ابي جعفر الدوانيقي بحضرة ابي حنيفة وائمة عصره
فقالت الائمة يكره وابو حنيفة ساكت فقيل لابي حنيفة ما تقول فقال ان وضع فمه على موضع الفضة يكره والا فلا فقيل له
من اين لك فيه فقال ارأيت لو كان في الاصبع خاتم فضة فشرب من كفه ايكره ذلك فوقف كلهم وتعجب ابو جعفر
كذا في العناية ذكر في المنتقى روى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انه كان يكره ان يتجمر بمجمر ذهب وفضة كما هو
قول ابي يوسف وفي السراجي ويكره ان يكتب بالقلم المتخذ من الذهب والفضة او دواة كذلك كذا في التاتارخانية
ويكره الباس الصبي الذكر ذهبا او حريرا لئلا يعتاد ذلك لا يرى انه يؤمر بالصلوة والصوم وينهى عن شرب الخمر
ليعتاد فعل الخير ويألف ترك المحرمات فكذا هذا والاثم على من البسه لاضافة الفعل اليه كذا في الاختيار ويكره حمل خرقة
لمسح العرق والمخاط والوضوء ان للتكبر والخرقة المعقودة دليل الكبر ذكره في البزازية وان للحاجة فلا يكره كالتربع
والاتكاء لا يكره ان لحاجة ويكره ان بدونها ذكره في الخلاصة هو الصحيح لان عامة المسلمين استعملوا هذا في عامة البلدان
لدفع الاذى عن الثياب النفيسة وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وقد جاء في الحديث ان النبي عليه السلام
كان يمسح وضوءه بالخرقة في بعض الاوقات والرتم وهو خيط التذكر يعقد في الاصبع لا بأس به للحاجة فصل
في النظر ونحوه من المس والوطي ويحرم النظر الى العورة اي نظر الرجل الى عورة اخرى والاصل في ذلك قوله تعالى
قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم ويحفظوا فروجهم وقال عليه السلام ملعون من نظر الى سوأة اخيه وقال
النبي عليه السلام لجرهد بن خويلد وار فخذك اما علمت ان الفخذ عورة الا عند الضرورة كالطبيب والختان
والخافضة والقابلة والحاقن للحاجة والضرورة فانها تبيح المحظورات والخافضة للجارية كالختان
للغلام فينظر الى العورة لاجل الضرورة لان الختان سنة في حق الرجال ومكرمة في حق النساء فلا يترك

ولا يتجاوز قدر الضرورة قال في الهداية ويجوز للطبيب ان ينظر الى موضع الوجع منها للضرورة وينبغي ان يعلم
امرأة مداواتها لان نظر الجنس الى الجنس اسهل يعني لكونه ابعد من الفتنة فان لم يقدروا يستر كل عضو منها
سوى موضع المرض ثم ينظر ويغض بصره ما استطاع لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وصار كنظر الخافضة
والختان وكذا يجوز للرجل ان ينظر الى موضع الاحتقان من الرجل لانه مداواة ويجوز للمرض وكذا للهزال الفاحش
على ما روي عن ابي يوسف لانه امارة المرض انتهى وينظر الرجل الى الرجل الى ما سوى العورة لان المنهي عنه النظر الى
العورة دون غيرها وعليه الاجماع وقد بينت العورة في كتاب الصلوة ثم حكم العورة في الركبة اخف منه في الفخذ
وفي الفخذ اخف منه في السوءة حتى ان كاشف الركبة ينكر عليه وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف السوءة
يؤدب ان لج وتنظر المرأة الى المرأة الا الى ما ينظر الرجل من الرجل اما المرأة الى المرأة فلانعدام
الشهوة وللضرورة في الحمامات وغيرها واما نظرها الى الرجل فلاستوائهما في اباحة النظر الى ما ليس بعورة كالثياب
والدواب ولان الرجال يمشون بين الناس بازار واحد ان امنت الشهوة فان خافت الشهوة او غلبت على
ظنها لا تنظر احترازا عن الفتنة وكل ما جاز اليه النظر جاز مسه لاستوائهما في الحكم الا اذا خافت الشهوة
كذا في الاختيار ذكر في كتاب الخنثى من الاصل ان نظر المرأة الى الرجل الاجنبي بمنزلة نظر الرجل الى محارمه لان
النظر الى خلاف الجنس اغلظ فان كان في قلبها شهوة او اكبر رايها انها تشتهي او شكت في ذلك يستحب لها ان تغض
بصرها ولو كان الناظر هو الرجل اليها وهو بهذه الصفة لم ينظر وهذا اشارة الى التحريم ووجه الفرق ما ذكر في الاصل
من جعل عدم نظرها اليه مستحبا وعدم نظره اليها واجبا هو ان الشهوة عليهن غالبة والغالب كالمتحقق غالبا
فاذا نظر الرجل اليها مشتهيا وجدت الشهوة في الجانبين في جانبه حقيقة لانه هو المفروض وفي جانبها اعتبارا
لقيام الغلبة مقام الحقيقة واذا نظرت اليه مشتهية لم توجد الشهوة في جانبه حقيقة لان الغرض انه لم ينظر
ولا اعتبارا لعدم الغلبة وكانت الشهوة في جانبها فقط والمتحقق من الجانبين في الافضاء الى المحرم اقوى
من المتحقق في جانب واحد لا محالة وينظر الرجل الى جميع بدن زوجته وامته ولو الى فرجها سواء كان عن شهوة او
غير شهوة والاصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك الا عن امتك وامرأتك ولان ما فوق ذلك من المس
والغشيان مباح فالنظر اولى الا ان الاولى ان لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عليه السلام
اذا اتى احدكم اهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير ولان ذلك يورث النسيان لورود الاثر
وكان ابن عمر يقول الاولى ان ينظر ليكون ابلغ في تحصيل معنى اللذة كذا في الهداية والعير هو الحمار الوحشي
خصه بالذكر لان للاهلي نوع تستر من الاصابة والتزوق وقد قيل هو الاهلي وقول ابن عمر الاولى ان ينظر يعني وقت
الوقاع روي عن ابي يوسف في الامالي قال سالت ابا حنيفة عن الرجل يمس فرج امرأته او تمس فرجه ليتحرك
عليها هل ترى بذلك باسا فقال لا وارجو ان يعظم الاجر قيد بالامة بقوله التي يحل له وطؤها لان حكم امته
المجوسية والتي هي اخته من الرضاع حكم امة الغير لان اباحة النظر الى جميع البدن مبنية على حل الوطي
فينتفي بانتفائه كذا في العناية وينظر من محارمه ومن امة غيره الى الوجه والراس والصدر
والساق والعضد لقوله ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الاية والمراد مواضع الزينة
ذكر الحال واراد المحل مبالغة في النهي عن الابداء لان ابداء ما كان منفصلا اذا كان منهيا عنه فابداء
المتصل اولى وذلك لقوله ولا القلائد في عرفه تعرض محلها ويدخل في ذلك الساعد والاذن والعنق

والقدم

والقدم لان كل ذلك موضع الزينة واما الراس فلانه موضع التاج والاكليل والشعر موضع العقاص
والعنق موضع القلادة والصدر كذلك والاذن موضع القرط والعضد موضع الدملج والساعد موضع
السوار والكف موضع الخاتم والخضاب والساق موضع الخلخال والقدم موضع الخضاب كذا في العناية
والاختيار ولا باس بان يمس ما جاز ان ينظر اليه منها لتحقق الحاجة الى ذلك في المسافرة وقلة الشهوة
للمحرمية بخلاف وجه الاجنبية وكفها حيث لا يباح المس وان ابيح النظر لان الشهوة متكاملة بشرط امن
الشهوة في النظر والمس فان خاف عليها او على نفسه الشهوة لا ينظر ولا يمس لقوله عليه السلام العينان
تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش وحرمة الزنا بذوات المحارم اغلظ فيجتنب ولا باس
بالخلوة والمسافرة بهن لقوله عليه السلام لا تسافر المرأة فوق ثلاثة ايام ولياليها الا ومعها زوجها او ذو
رحم محرم منها وقوله عليه السلام الا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد
اذا لم يكن محرما فان احتاجت الى الاركاب والانزال فلا باس بان يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها دون
ما تحتهما اذا امنا الشهوة فان خافها على نفسه او عليها يقينا او ظنا او شكا فليجتنب ذلك بجهده ثم ان
امكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك اصلا وان لم يمكنها يلتف بالثياب كيلا يصيبه حرارة بدنها وان
لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الامكان كذا في الهداية ولا ينظر الى البطن والظهر والفخذ
لانها ليست مواضع الزينة وان للوصل امن الشهوة اذ لا ضرورة في كشفها بخلاف الوجه والراس
وامثالهما فان فيها ضرورة لان البعض يدخل على البعض من غير استيذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب
مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع ادى الى الحرج ولا ينظر الى بدن الحرة الاجنبية الا الى
الوجه والكفين لقوله ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها قال علي وابن عباس ما ظهر منها الكحل
والخاتم والمراد مواضعهما وهو الوجه والكف ولان في ابداء الوجه والكف ضرورة لحاجتها الى المعاملة
مع الرجال اخذا او عطاء وغير ذلك ولا يباح النظر الى قدمها وعن ابي حنيفة انه يباح لان فيه بعض الضرورة
وعن ابي يوسف انه يباح النظر الى ذراعيها ايضا لانه قد يبدو منها عادة ان امن الشهوة والا اي
وان لم يامن منها فلا يجوز النظر الى الوجه بغير ضرورة من حرام قال عليه السلام من نظر الى محاسن
امرأة اجنبية عن شهوة صب في عينيه الانك يوم القيمة وقال عليه السلام لعلي رض لا تتبع
النظرة النظرة فان الاولى لك والثانية عليك يعني بالثانية ان يبصرها عن شهوة وان مست ضرورة
ينظر الى الوجه وغيره ولو بشهوة كما اشار اليه بقوله لغير الشاهد عند الاداء لها او عليها وغير الحاكم
عند حكم لها او عليها للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة الشهادة والقضاء ولكن ينبغي
ان يقصد به اداء الشهادة والحكم لها او عليها لا قضاء الشهوة تحرزا عما يمكنه التحرز عنه وهو قصد القبيح
واما النظر لتحمل الشهادة اذا اشتهى قيل يباح والاصح انه لا يباح لانه يوجد من لا يشتهي فلا ضرورة
بخلاف حالة الاداء كذا في الهداية والتحمل لم يصح بدون النظر ولو شهد شاهدان انها فلانة كما في
العمادي وذكر في المنية اذا سمع صوتها واخبرت به نساء عندها ووثق بذلك كان له ان يشهد به
وهو المختار كذا في القهستاني ولا يجوز مس ذلك المذكور من وجه الاجنبية وكفها لقيام المحرم
وانعدام الضرورة وقال عليه السلام من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيمة

بخلاف النظر لان فيه بلوى هذا ان كانت الاجنبية شابة تشتهى ويكره مس ذكرنا ان كانت عجوزا لا
تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة وقد روى ان ابابكر رض كان يدخل
بعض القبائل التي كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجائز وعبد الله بن الزبير استأجر عجوزا لتمرضه
وكانت تغمز رجله وتفلي رأسه او هو كبير يأمن على نفسه ويأمن عليها كما قلنا فان كان لا يأمن عليها
لا تحل مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة والصغيرة اذا كانت لا تشتهى يباح مسها والنظر اليها لعدم
خوف الفتنة ويجوز النظر والمس مع خوف الشهوة عند ارادة الشراء كذا في المختصر واطلق في الجامع الصغير
ولم يفصل فقال رجل اراد ان يشترى جارية لا بأس بان يمس ساقها وذراعيها وصدرها وساقها
مكشوفين قال مشايخنا يباح النظر في هذه الحالة وان اشتهى للضرورة ولا يباح المس اذا اشتهى
او كان اكبر رأيه ذلك لانه نوع استمتاع وفي غير حالة الشراء يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة والعبد
مع سيدته كالاجنبي فلا يجوز له ان ينظر الى سيدته الا ما يجوز للاجنبي ان ينظر اليه منها وقال مالك هو كالمحارم
وهو احد قولي الشافعي لقوله تعالى او ما ملكت ايمانهن ولان الحاجة متحققة لدخوله عليها من غير استيذان
ولنا انه فحل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة لجواز النكاح في الجملة والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج
البيت والمراد بقوله تعالى او ما ملكت ايمانهن الاماء قال سعيد والحسن وسمرة بن جندب لا يغرنكم
سورة النور فانها في الاناث دون الذكور والمجبوب والخصي في النظر الى الاجنبية كالفحل لقول عائشة
رضي الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله ولانه فحل يجامع وكذا المجبوب لانه يسحق وينزل وكذا
المخنث في الردي من الافعال لانه فحل فاسق كذا في الهداية يعني فيمكن غيره من نفسه احترازا عن المخنث
الذي في اعضائه لين وتكسر باصل الخلقة ولا يشتهي النساء فانه رخص بعض مشايخنا في ترك مثله
مع النساء استدلالا بقوله تعالى او التابعين غير اولي الاربة من الرجال قيل هو المخنث الذي لا يشتهي
النساء وقيل هو المجبوب الذي جف ماؤه وقيل المراد الابله الذي لا يدري ما يصنع بالنساء انما
همه بطنه اذا كان شيخا كبيرا ماتت شهوته والاصح ان يقول ان قوله تعالى من المتشابهات وقوله تعالى
قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم محكم فنأخذ به واليه اشار صاحب الهداية بقوله فالحاصل انه يؤخذ
فيه بالمحكم كتاب الله تعالى المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص قوله تعالى او الطفل الذين لم يظهروا
على عورات النساء اي لم يطلعوا فلا يعرفون العورة ولا يميزون بينها وبين غيرها كذا في العناية
فروع في العناية الغلام الذي بلغ الشهوة كالبالغ والكافر كالمسلم ويروى لا بأس بالنظر
الى شعر الكافرة اذا بلغ الصبي مبلغ الرجال اذا لم يكن صبيحا فحكمه حكم الرجال فان كان صبيحا
فهو في حكم النساء وهو عورة الى قدمه وفي الملتقط لا يحل للرجال النظر اليه عن شهوة واما السلام
والنظر لا بشهوة فلا بأس ولهذا لا يؤمر بالنقاب في حكم الصلوة كالرجال وفي كفاية الشعبي حكي
ان واحدا من العلماء مات فرآه راء في المنام وقد اسود وجهه فسئل عن ذلك فقال رأيت غلاما
في موضع كذا ونظرت اليه فاحترق وجهي في النار وروى في الاخبار ان واحدا من العباد رئي
في المنام فقيل له ما فعل الله بك قال كل ذنب استغفرت منه غفر لي الا ذنبا استحييت ان استغفر
الله منه فعذبت بذلك الذنب فقيل ما هو قال نظرت الى غلام بشهوة قال القاضي سمعت الامام نعم
يعزل

يقول ان مع كل امرأة شيطانين ومع الغلام ثمانية عشر شيطانا والامرد اذا كان صبيحا ان اراد الخروج
الى طلب العلم فلا بد ان يمنعه وفي الخانية وكان محمد بن الحسن صبيحا وكان ابو حنيفة رحمه يجلسه في درسه
خلف ظهره او خلف سارية مخافة خيانة العين مع كمال تقواه وفي اليتيمة ذكر في الصلوة في مجموعات
السمرقندي سئل ابو نصر الدبوسي عمن يغتسل متجردا في الماء الجاري او غيره الا انه في خلوة فقال يكره
وهذا يؤيد ما يفتي به عمر والاديب حين سئل عن العريان في الوقت خالي هل يعذر فقال تارك الاولى يحسب
اما لا بأس قال لان في الخبر فالله احق ان يستحى منه كذا في التتارخانية ويكره للرجل ان يقبل فم التقبيل اي
يقبل الرجل فم رجل او شيئا منه او يعانقه في ازار بلا قميص قالوا الخلاف في المعانقة في ازار واحد
اما اذا كان عليه قميص او جبة فلا بأس بالاجماع ولم يذكر القيام تعظيما للغير وروى انس رضوان الله عنه ان
النبي صلى الله عليه وسلم كان يكره القيام وعن الشيخ الحكيم ابي القاسم انه كان اذا دخل عليه احد من الاغنياء
يقوم له ويعظمه ولا يقوم للفقراء او طلبة العلم فقيل له في ذلك فقال لان الاغنياء يتوقعون مني
التعظيم فلو تركت تعظيمهم تضرروا والفقراء وطلبة العلم لا يطمعون مني ذلك وانما يطمعون
جواب السلام والكلام معهم في العلم ونحوه فلا يتضرروا بترك القيام كذا في شروح الهداية وعن ابي يوسف
لا يكره وعن بعض المشايخ لا بأس به اذا قصد به الاكرام والمبرة ولم يخف الشهوة لما روي انه عليه السلام
عانق جعفر بن ابي طالب حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه وكان يوم فتح خيبر وقال لا ادري
بأي الامرين اسر بفتح خيبر او بقدوم جعفر ووجه الظاهر نهيه عليه السلام عن المكاعمة والمكامعة
والاول التقبيل والثانية المعانقة وما رواه محمول على الابتداء قبل النهي كذا في الاختيار وكذا
تقبيل المرأة فم امرأة او خدها مكروه عند اللقاء والوداع كما في المنية كذا في القهستاني ولا بأس
بالمصافحة لانها سنة قديمة متوارثة بين المسلمين من لدن الصدر الاول الى يومنا هذا ذكره في الاختيار
وقال عليه السلام من صافح اخاه المسلم وحرك يده تناثرت ذنوبه والمصافحة الصاق صفحة الكف
بالكف واقبال الوجه بالوجه كما قال ابن الاثير فاخذ الاصابع ليس بمصافحة خلافا للروافض
كما في الصلوة المسعودية والسنة فيها ان تكون بكلتا يديه كما في المنية وبغير حائل من ثوب او غيره
كما في الخزانة وعند اللقاء بعد السلام كما في الشرعة وان يأخذ الابهام قال عليه السلام اذا صافحتم فخذوا الابهام
فان فيه عرقا ينشعب منه المحبة كذا في القهستاني وتقبيل يد العالم والسلطان العادل لان الصحابة
رض كانوا يقبلون اطراف رسول الله عليه السلام وعن سفيان بن عيينة انه قال تقبيل يد العالم
والسلطان العادل سنة فقام عبد الله بن المبارك وقبل رأسه كذا في الاختيار قال الفقيه ابو جعفر
من قبل الارض بين يدي سلطان او امير او سجد له ان كان على وجه التحية لا يكفر ولكن يصير آثما
مرتكبا للكبيرة وفي الجامع الصغير العتابي وتقبيل الارض بين يدي العظيم حرام وان الفاعل والراضي آثم وفي
المحيط تكلم العلماء ان سجدة الملائكة لمن بعضهم قالوا كانت لله تعالى ولكن التوجه الى آدم كان تشريفا
وتكريما لآدم الا ترى انه يستقبل الكعبة في الصلوة والصلوة لله تعالى والتوجه الى الكعبة تشريفا للكعبة
كذا هذا وقال بعضهم لا بل كانت السجدة لآدم على وجه التحية والاكرام ثم نسخ ذلك بقوله عليه السلام لو امرت
احدا ان يسجد لامرت المرأة ان تسجد لزوجها ولعل الاثم فلانها ارتكبت ما هو محرم ومنهي عنه وانما بالحرم

الاثم والدليل على صحة ما قلنا مسئلة ذكرها واقعات الناطفي وصورتها اذا قال اهل الحرب لمسلم
اسجد للملك والا قتلنا فالافضل ان لا يسجد هذا اذا سجد بنية التحية وان سجد بنية العبادة للسلطان
او لم تحضره النية فقد كفر والانحنا للسلطان او لغيره مكروه لانه يشبه فعل المجوس فان قبل يد نفسه
اذا لقي غيره فهو مكروه لان ذلك من فعل الفساق وان قبل يد غيره ان قبل يد عالم او سلطان عادل بعلمه او عدله
لا بأس به وان قبل يد غير العالم وغير السلطان العادل ان اراد به تعظيم المسلم واكرامه فلا بأس به وان
اراد به عبادة له او لينال منه شيئا من عرض الدنيا فهو مكروه وكان الصدر الشهيد يفتي بالكراهة في هذا
الفصل من غير تفصيل وعن علي الرازي انه قال كنا ندخل على المأمون ونقبل يده وبشر يقول هذا فرح
وفي العتابية تقبيل يد العالم والسلطان العادل جائز ولا رخصة في يد غيرهما هو المختار كذا في التاتارخانية
ويعزل عن امته العزل ان يطأ فاذا قرب الى الانزال اخرج ولم ينزل في الفرج بلا اذنها لا عن زوجته الا بالاذن
لانه عليه السلام نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها وقال لمولى امة اعزل عنها ان شئت ولان الوطي حق
الحرة قضاء للشهوة وتحصيلا للولد ولهذا تخير في الجب والعنة ولا حق للامة في الوطي فلهذا لا ينقص
حق الحرة بغير اذنها ولا تعرض الامة على البيع اذا بلغت يعني اذا كان تشتهي وتجامع مثلها في ازار
واحد والمراد به ما يستر ما بين السرة والركبة لان ظهرها وبطنها عورة **فصل** في الاستبراء يقال استبرأ
الجارية اذا طلب براءة رحمها من حمل من ملك امة رقبة ويدا بشراء او غيره كهبة او رجوع عنها او خلع
او صلح او كتابة او عتق عبد او صدقة او وصية او ميراث او سبي او فسخ بيع بعد القبض ودفع بجناية
او نحو ذلك يحرم عليها وطيها ودواعيه حتى يستبرئها بحيضة فيمن تحيض اعلم ان الاستبراء واجب
وله سبب وعلة وحكمة اما وجوبه فبحديث سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن
ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة وجه الاستدلال انه عليه السلام نهى عن الاستمتاع البالغ نهي مع وجود
الملك المطلق له واليد الممكنة منه وذلك لا يكون الا للوجوب واما سببه فهو استحداث الملك واليد لانه
هو الموجود في مورد النص واما علته فهو ارادة الوطي فانه لا يحل الا في محل فارغ فيوجب معرفة فراغه
عند حقيقة الشغل او توهمه بماء محترم بان لا يكون من الزنا حتى يكون الولد ثابت النسب وانما قيدنا
بذلك لان الحكم في غير المحترم كذلك فان الجارية الحامل من الزنا لا يحل وطيها حملا للحال على الصلاح
واما الحكمة فلا تصلح لاضافة الحكم اليها لما تنبئنا عنه واما العلة فهنا فكذلك لان الارادة امر مبطن
لا يطلع عليه لان بعضهم يستحدث الملك وقد لا يريد ذلك فيدار الحكم على دليل الارادة وهو التمكن
من الوطي فانه صحيح المزاج اذا تمكن منه اراده والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتهضت سببا وادير
الحكم عليه وجودا وعدما تيسيرا هذا في المسبية ثم تعدى الحكم الى سائر اسباب الملك كالشراء والهبة والميراث
ونحوها واذا ثبت وجوب الاستبراء وحرم الوطي حرم الدواعي كالقبلة والمعانقة والنظر الى فرجها بشهوة
لافضائها اليه لاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع بخلاف الحائض
حيث لا يحرم الدواعي فيها لانه لا يحتمل الوقوع في غير الملك ولانه زمان نفرة فالاطلاق على
الدواعي لا يفضي الى الوطي والرغبة في المشتراة قبل الدخول اصدق الرغبات فتفضي اليه

ولم يذكر

ولم يذكر الدواعي في المسبية في ظاهر الرواية وعن محمد انها لا تحرم ويستبريها باشهر في غير ذوات
الحيض من الصغيرة والآيسة والمنقطعة حيضها لان الاشهر اقيم في حقهن مقام الحيض كما في المعتدة
واذا حاضت في اثنائه يبطل الاستبراء بالايام للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل كما في العدة
وان ارتفع حيضها بان امتد طهرها في اوان الحيض لا يطأها حتى يتبين انها ليست بحامل ثم جامعها
لان المقصود تعرف براءة الرحم وقد حصل بمضي مدة تركها لان الحبل لو كان لظهر ويستبريها في
مرتفعة الحيض لا بالياس بثلاثة اشهر وليس في ذلك تقدير في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة وابي يوسف
الا ان مشايخنا قالوا يتبين ذلك بشهرين او ثلاثة قيل والاصح لظهور الحبل في ذلك غالبا كذا في الغيا
وعند محمد باربعة اشهر وعشرا ايام وفي رواية عن محمد بنصفها وهو شهران وخمسة ايام اعتبارا بعدة الحرة
والامة في الوفاة وعن زفر سنتان وهو رواية عن ابي حنيفة وفي الحامل بوضعه لما روينا ولو للوصل
كانت الامة بكرا او مشتراة من امرأة او مال طفل او ممن يحرم عليه وطيها لتحقق السبب وادارة الاحكام على
الاسباب دون الحكم لبطونها فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل ويستحب الاستبراء للبائع ولا يجب عليه
بل يجب على المشتري لان العلة على الحقيقة ارادة الوطي والمشتري هو الذي يريده دون البائع فيجب على المشتري
غير ان الارادة امر باطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطي وقد عرفت ان التمكن انما يثبت
بالملك واليد فانتصب سببا وادير الحكم عليه تيسيرا ولا تكفي حيضة ملكها فيها ولا الحيضة التي قبل القبض
او قبل الاجازة في بيع الفضولي وان كانت في يد المشتري ولا يجتزئ بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد
قبل ان يشتريها شراء صحيحا وكذا الولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافا لابي يوسف لان السبب استحداث
الملك واليد والحكم لا يسبق السبب فما يكفي حيضة وجدت قبل القبض هكذا في النسخ التي رأينا
والصواب الموافق للهداية وغيرها بعد القبض وهي مجوسية فاسلمت يعني اشترى امة مجوسية
فقبضها فحاضت حال مجوسيتها حيضة ثم اسلمت اجزأت تلك الحيضة من الاستبراء لانها وجدت
بعد سببه وهو استحداث الملك واليد اذ هو مقتض لحل وطيها والحرمة لمانع كما في حالة الحيض ويجب
الاستبراء عند تملك نصيب شريكه لان السبب قد تم الآن والحكم يضاف الى تمام العلة لا عند عود
الآبقة ورد المغصوبة والمستأجرة وفك المرهونة لانعدام السبب ولا تكره الحيلة لاسقاط الاستبراء
عند ابي يوسف خلافا لمحمد والاخذ بالاول ان علم عدم الوطي من المالك الاول والاخذ بالثاني
انما عند محمد ان احتمل وطي المالك الاول اياها في طهرها والحيلة ان لم تكن تحته اي تحت المشتري حرة ان
يتزوجها اي الامة قبل الشراء ثم يشتريها وان كان تحته حرة فانه اي فالحيلة ان يزوجها البائع قبل
البيع او يزوجها المشتري بعد البيع لانه اذا لم يوثق به ربما لا يطلقها فان احتبال لا عليه لا له والحيلة
في تمشيته من الحيلة ان يزوجها على ان يكون امرها بيده يطلقها في ما شاء ثم يطلق الزوج الموثق به
بعد الشراء او القبض [illegible] اشتراها معتدة وقبضها وانقضت عدتها بعض القبض لا يجب
الاستبراء لا عند [illegible] استحداث الملك المؤكد بالقبض لم يكن فرجها حلالا للمشتري
وان حل بعد [illegible] ذلك لان العبرة اوان وجود السبب فلما لم يجب وقت الاستحداث
لم يجب بعده لعدم [illegible] تجدد السبب ومن ملك اختين للجمع نكاحا فله وطي احداهما

فقط او دواعيه فان وطئها او فعل بها شيئا من الدواعي حرم عليه وطئ كل واحدة منهما ودواعيه حتى يحرم
احديهما ولو بهبة على رض عملا باطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين وكان عثمان رض يقول احلتهما
آية يعني قوله تعالى او ما ملكت ايمانكم وحرمتهما آية يعني قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين والاصل في الابضاع الحل
بعد وجود سبب الحل وقد وجد وهو ملك اليمين قال صاحب الهداية ولا تعارض لقوله تعالى او ما ملكت ايمانكم
لانه الترجيح للمحرم وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لاطلاق النص ولان الدواعي الى الوطئ بمنزلة الوطئ في
التحريم فاذا قبلها بشهوة فكانه وطئها بخلاف ما اذا لم يكن بشهوة فانه لا يكون معتبرا وكذا اذا مسها بشهوة
او نظر الى فرجها بشهوة حتى يحرم عليه احديهما بان يملك فرج الاخرى غيره بملك يمين او نكاح او يعتقها لانه لما حرم عليه
وجعل المبيع جامعا والكتابة كالاعتاق ورهن احديهما واجارتها وتدبيرها لا يحل الاخرى لانها لا يخرج بذلك
عن ملكه ثم المراد بالنكاح الصحيح اما اذا زوج احديهما نكاحا فاسدا لا يباح له وطئ الاخرى الا ان يدخل الزوج بها فيه
لانه يجب العدة عليها والعدة كالنكاح الصحيح في حق التحريم وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا بمنزلة الاختين
فيما ذكرنا **فصل** في البيع ويكره بيع العذرة وهو رجيع الانسان خالصة وجاز لو كانت مخلوطة في الصحيح وجاز
بيع السرقين والانتفاع به كالبيع وقال الشافعي لا يجوز بيع السرقين ايضا لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد
الميتة قبل الدباغ ولنا انه منتفع به لانه يلقى في الارض لاستكثار الريع ويجري فيه الشح والضنة ويبذل الاعواض
في مقابلته فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف العذرة لانه ينتفع بها مخلوطا ويجوز بيع المخلوط هو المروي عن
محمد وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط في الصحيح والمخلوط بمنزلة زيت خالطه النجاسة
ومن رأى جارية رجل مع آخر يبيعها قائلا وكلني صاحبها به ان ابيعها او قائلا اشتريتها منه او وهبها لي
او تصدق بها علي ووقع في قلبه اي اكبر الرأي صدقه بان كان ثقة وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رأيه انه صادق لان
عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة لما حل له شراؤها منه وحل للمشتري وطئها لانه اخبر بخبر صحيح لا مانع
له وقول الواحد في المعاملات مقبول حرا كان او عبدا مسلما او كافرا رجلا او امرأة بخلاف ما اذا كان اكبر رأيه
انه كاذب حيث لم يسع له ان يتعرض بشيء من ذلك لان اكبر الرأي يقام مقام اليقين فيما اعظم من هذا كالفروج
والدماء الا ترى انه من تزوج امرأة فادخلها عليه انسان واخبره انها امرأته وسعه ان يطأها اذا كان ثقة
او كان اكبر رأيه انه صادق وكذا اذا دخل رجل على غيره ليلا شاهرا سيفه فلصاحب المنزل ان يقتله
اذا كان اكبر رأيه انه لص قصد قتله واخذ ماله وان كان اكبر رأيه انه هارب من لص لم يعجل بذلك ثم انه لم يخبره صاحب
اليد بشيء فان كان عرفها للاول لم يشترها حتى يعلم انتقالها الى ملكه لان يد الاول دليل ملكه وان كان لا يعرف
ذلك له ان يشتريها وان كان ذو اليد فاسقا لان يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق والعادل ولم
يعارضه معارض ولا معتبر باكبر الرأي عند وجود الدليل الظاهر الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك كدرة في يد
فقير لا يملك شيئا او كتاب في يد جاهل لم يكن في آبائه من هو اهل لذلك فيستحب له ان يتنزه ومع ذلك لو اشتراها
يرجى ان يكون في سعة من ذلك لاعتماده الدليل الشرعي وهو اليد وان كان الذي اتاه بها عبدا او امة لم يقبلها
ولم يشترها حتى يسأل لان المملوك لا ملك له فيعلم ان الملك فيه لغيره فان اخبره ان مولاه اذن له وهو ثقة قبل
وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الرأي وان لم يكن له رأي لم يشترها لقيام الحاجز فلا بد من دليل كذا في الهداية وشروحها
وقاضيخان والتاتارخانية ويجوز بيع بناء بيوت مكة ويكره بيع ارضها واجارتها خلافا لهما فانهما قالا لا بأس

ببيع

ببيع ارضها ايضا وهو لهما رواية عن الامام وروى حسن عن ابي حنيفة انه يجوز بيع دور مكة وفيها الشفعة
ويكره اجارتها في الموسم لهما انها مملوكة لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء وله ما روي عن ابن عمر رض
ان النبي عليه السلام قال مكة حرام وبيع رباعها حرام وروى الدارقطني باسناده ان النبي عليه السلام قال
مكة مباح لا يباع رباعها ولا يوجر بيوتها فلا يجوز بيعها كالكعبة والصفا والمروة وانما جاز بيع البناء
لان البقعة محرمة وقفها ابرهيم عليه السلام والبناء ملك لمن احدثه فيجوز تصرفه فيه والطين ان كان من
الارض فهو من جملة الوقف لكن من اخذ طين الوقف فعمله لبنا ملكه وصار كسائر املاكه ووجه رواية
الحسن ان الناس يتبايعون في سائر الاعصار من غير نكير كذا في الاختيار وذكر في الذخيرة روى هشام عن
ابي حنيفة انه كره الجوار بمكة وروى حسن عنه انه كره الجوار بمكة والمقام بها وكان يقول ما جاور رسول الله ع م
منها وذكر هشام في نوادره عن ابي يوسف عن ابي حنيفة قال اكره اجارة بيوت مكة في ايام الموسم ورخص فيها
في غير ايام الموسم وهكذا روى هشام عن ابي حنيفة وكان يفتي لهم ان ينزلوا عليهم في دورهم ثم هذه المسئلة
دليل على جواز اجارة البناء بدون الارض كذا في التاتارخانية ويكره الاحتكار مصدر احتكرت الشيء اذا جمعته
وحبسته والاسم الحكرة بالضم والسكون والمراد حبس القوت متربصا للغلاء والقوت في اقوات الادميين
كالبر والشعير والذرة والارز والدخن والتمر دون العسل والسمن كما في التجنيس وغيره واقوات البهائم
كالتبن والقت وهذا عند الطرفين وعليه الفتوى ببلد او ما في حكمه كالرستاق والقرية يضر الاحتكار
باهله بان كان صغيرا فلو لم يضر وكان كبيرا لم يكره لانه حبس ماله كذا في القهستاني والاصل فيه قوله تعالى
ومن يرد فيه بالحاد بظلم نذقه من عذاب اليم قال عمر رض لا تحتكروا الطعام بمكة فانه الحاد وما روى
ابن عمر عن النبي عليه السلام انه قال الجالب مرزوق والمحتكر محروم وفي رواية ملعون وعنه عليه السلام
من احتكر طعاما اربعين يوما فقد برئ من الله وبرئ الله منه وروى ابو امامة الباهلي ان النبي عليه السلام
نهى ان يحتكر الطعام وروى عمر رض عن النبي عليه السلام انه قال من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله
بالجذام والافلاس وفي الاحتكار ان يبتاع طعاما من المصر او من مكان يجلب طعامه الى المصر ويحبسه الى
وقت الغلاء وشرطه ان يكون مصرا يضر به الاحتكار لانه تعلق به حق العامة وشرط بعضهم الشراء
في وقت الغلاء ينتظرون زيادة الغلاء والكل مكروه والحاصل ان يضر باهل تلك المدينة حتى لو كان مصرا
كبيرا لا يضر باهله فليس بمحتكر لانه حبس ملكه ولا ضرر فيه لغيره واختلفوا في مدة هذا الاحتكار قيل
اقلها اربعون يوما كما ورد في الحديث وما دون ذلك فليس باحتكار لعدم الضرر بالمدة القصيرة وقيل
اقلها شهر لان ما دونه عاجل ثم قيل يأثم بنفس الاحتكار وان قلت المدة وانما بيان المدة لبيان الحكم
الدنيا فالحاصل ان التجارة في الطعام مكروه فانه يوجب المقت في الدنيا والاثم في الآخرة كذا في الاختيار
وعند ابي يوسف يكره الاحتكار في كل ما يضر احتكاره بالعامة ولو كان ذهبا او فضة او ثوبا او غير ذلك
وعن محمد انه لا احتكار في الثياب فابو يوسف اعتبر حقيقة الضرر اذ هو المؤثر في الكراهة وابو حنيفة اعتبر
الضرر المعهود المتعارف واذا رفع الى الحاكم حال المحتكر امره ببيع ما يفضل عن حاجته اي عن قوته
وقوت عياله فان امتنع عما امره به الحاكم باع الحاكم عليه لانه في مقدار قوت نفسه وعياله غير محتكر
ويترك قوتهم على اعتبار السعة بقيمة العدل او بالغبن اليسير وقيل اذا رفع اليه اول مرة نهاه عن الاحتكار

فانه رفع اليه ثانيا حبسه وعزره بما يرى زجرا له ودفعا للضرر عن الناس وبهذا قال محمد اجبر المحتكرين
على بيع ما احتكروا ولا اسعّر ويقال له بع كما يبيع الناس وبزيادة يتغابن في مثلها ولا اتركه يبيع باكثر
والاصل في ذلك ما روي ان السعر غلا بالمدينة فقالوا يا رسول الله لو سعّرت فقال عليه لا تسعروا فان الله
هو المسعّر القابض الباسط الرزاق ولان التسعير تقدير الثمن وانه نوع حجر وقول محمد بجبرهم على البيع
يحتمل وجهين اما لما فيه من المصلحة العامة او بناء على قولهما في الحجر كذا في الاختيار ولا احتكار في غلة
ضيعته لا يكره حبسها بالاخلاف اذ لم يتعلق به حق العامة ضيعته او فيما جلبه المالك الى بلده من بلد اخر ولو
قريبا منه ويستحب ان يبيعه فانه لا يخلو عن كراهة كما في التمرتاشي كذا في القهستاني وقال في البزازية وما جلبه من مصر
اخر فالمسكه للغلاء فمكروه عند ابي يوسف وقالا لا يكره لكن يستحب ان يبيع وكذا الخلاف في الفاضل عن زراعته
انتهى وعند ابي يوسف يكره فيما جلبه ايضا لعموم النهي وكذا عند محمد اذا كان في موضع يجلب منه الى المصر عادة هو
المختار لتعلق حق العامة بخلاف ما اذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق به
حق العامة ويجوز بيع العصير ممن يعلم انه يتخذه خمرا لان المعصية لا تقوم بعينه بل بعد تغيره بخلاف بيع
السلاح ممن يعلم انه من اهل الفتنة في ايامها لان المعصية تقوم بعينه ولو باع مسلم خمرا واوفى دينه من
ثمنها كره لرب الدين اخذه وان كان المديون ذميا لا يكره ان يأخذ منه دينه والفرق ان البيع في الوجه الاول
قد بطل لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يحل اخذه من البايع وفي الوجه
الثاني صح البيع لانه مال متقوم في حق الذمي فملكه البائع فيحل الاخذ منه كذا في الهداية وروي عن محمد انه قال هذا
اذا كان القضاء والاقتضاء بالتراضي فان كان بقضاء القاضي بان يقضي عليه بهذا الثمن غير عالم بكونه ثمن الخمر
طاب له ذلك بقضائه ذكره في العناية ويكره التسعير اي يكره للامام او القاضي تقدير الثمن للطعام وغيره
على ارباب المقوتين لما روينا ولان الثمن حق العاقد فاليه تقديره فلا ينبغي للامام ان يتعرض لحقه
الا اذا تعدى ارباب الطعام اي تجاوز اصحاب المقوتين في القيمة تعديا فاحشا بان يبيعوا بضعف
القيمة بان يبيع قفيزا بمائة وهو يشترى بخمسين ذكره في العناية والقهستاني وغيرهما فلا باس حينئذ
به اي بالتسعير بمشورة اهل الخبرة في ذلك دفعا للضرر عن المسلمين فاذا فعل ذلك وتعدى رجل عن ذلك
وباع باكثر منه اجازه القاضي وهذا ظاهر عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما الا ان
يكون الحجر على قوم باعيانهم ومن باع منهم بما قدره الامام صح لانه غير مكره على البيع وهل يبيع القاضي
على المحتكر طعامه من غير رضاه قيل هو على اختلاف عرف في بيع مال المديون وقيل يبيع بالاتفاق
لان ابا حنيفة رحمه الله يرى الحجر لدفع ضرر عام وهذا كذلك كذا في الهداية وقد مر في الحجر وقال في البزازية
وان باع بعد التسعير بضعف قيمته يمنع وذكر الصدر انه يحبس ويعزر لكن لا يبلغ خمسين فان
امتنع عن البيع بعد التقديم اليه باعه الحاكم عند الكل والامام يرى الحجر ايضا اذا عم الضرر كما
في المفتي الماجن والمكاري والطبيب الجاهل انتهى وانما يسعر عند التعدي في القيمة تعديا فاحشا
لان فيه صيانة حقوق الناس عن الضياع وقد قال اصحابنا اذا خاف الامام على اهل المصر الهلاك
اخذ الطعام من المحتكرين وفرقه عليهم فاذا وجدوا ردوا مثله وليس هذا حجرا وانما هو للضرورة
كما في المخمصة ولو سعر السلطان على الخبازين الخبز فاشترى رجل منهم بذلك السعر والخباز يخاف ان نقصه

ضربه

ضربه السلطان لا يحل اكله لانه في معنى المكره وينبغي ان يقول له بعني بما تحب ليصح البيع ولو اتفق اهل
بلدة على سعر الخبز واللحم وشاع بينهم فدفع رجل الى رجل منهم درهما ليعطيه خبزا بدرهم او لحما فاعطاه اقل
من ذلك والمشتري لا يعلم ذلك رجع عليه بالنقصان في الثمن اذا علم لانه ما رضي الا بسعر البلدة كذا في الاختيار
ويجوز شراء ما لا بد للطفل منه وكذا يجوز بيعه لاخيه وعمه وامه وملتقطه ان
كان هو اي الطفل في حجرهم قال في الهداية واصل هذا ان التصرف على الصغار انواع ثلاثة نوع منها من
باب الولاية لا يملكه الا من هو ولي كالنكاح والشراء والبيع لاموال القنية لان الولي هو الذي قام مقامه باقامة
الشرع ونوع اخر ما كان من ضرورة حال الصغار وهو شراء ما لا بد للصغير منه وبيعه واجارة الصغار
وذلك جائز ممن يعوله وينفق عليه كالاخ والعم والام والملتقط اذا كان في حجرهم صبي واذا ملك
هؤلاء هذا النوع فالولي اولى به الا انه لا يشترط في حق الولي ان يكون الصبي في حجره ونوع ثالث ما هو نفع
محض كقبول الهبة والصدقة والقبض فهذا يملكه الملتقط والاخ والعم والصبي بنفسه اذا كان
يعقل لان اللائق بالحكمة فتح باب مثله نظرا للصبي فيملك بالعقل والولاية والحجر وصار بمنزلة الانفاق
ولا يؤجر الطفل امه فقط اي دون الاخ والعم والملتقط لان الام تملك اتلاف منافعه باستخدامه ولا
كذلك غيرها من المذكورين ولو اجر الصبي نفسه لا يجوز اي لا يلزم لانه مشوب بالضرر الا اذا فرغ من العمل
لان عند ذلك تمحض نفعا فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور لو اجر نفسه وقد ذكرناه في الاجارة

فصل في المسائل المتفرقات تجوز المسابقة بالسهام والحمير والبغل والابل والاقدام الاصل فيه
حديث ابي هريرة ان النبي عليه السلام قال لا سبق الا في خف او نصل او حافر والمراد بالخف الابل
وبالنصل الرمي وبالحافر الفرس والبغل والحمار وعن الزهري كانت المسابقة بين اصحاب رسول الله
عليه السلام في الخيل والركاب والارجل ولانه مما يحتاج اليه في الجهاد للكر والفر وكل ما هو من اسباب الجهاد
فتعلمه مندوب اليه وكانت العضباء ناقة رسول الله عليه السلام لا تسبق فجاء اعرابي على قعود فسبقها
فشق ذلك على المسلمين فقال عليه السلام ان حقا على الله ان لا يرتفع شيء من الدنيا الا وضعه وفي حديث
سابق رسول الله عليه السلام وابو بكر وعمر فسبق عليه السلام وصلى ابو بكر وثلث عمر وعن النبي عليه السلام
انه قال لا تحضر الملائكة شيئا من الملاهي سوى النصال والرهان اي الرمي والمسابقة فان شرط فيها
جعل من احد الجانبين او من جانب ثالث لاسبقهما جاز وذلك مثل ان يقول احدهما لصاحبه ان سبقتني
اعطيتك كذا وان سبقتك لا اخذ منك شيئا او يقول الامير لجماعة فرسان من سبق منكم فله كذا وان
سبق لا شيء عليه او يقول لجماعة الرماة من اصاب الهدف فله كذا وانما جاز في هذين الوجهين لانه تحريض
على تعليم آلة الحرب والجهاد ولقوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم وفي القياس لا يجوز لانه تعليق المال
بالخطر وان شرط من كلا الجانبين يحرم لانه قمار وهو حرام الا ان يكون بينهما محلل بفرس كفء لهما يتوهم سبقه
لهما ان سبقهما اخذ منهما وان سبقاه لا يعطيهما وفيما بينهما ايهما سبق اخذ من الاخر وانما جاز ذلك
لان بالمحلل خرج عن ان يكون قمارا فيجوز وقيل في المحلل ان يكون سبقاه اعطاهما وان سبقهما لم يأخذ
منهما وهو جائز ايضا ولو لم يكن فرس المحلل مثلهما لا يجوز لانه لا فائدة في ادخاله بينهما فلا تخرج من ان
يكون قمارا وعلى هذا التفصيل لو اختلف اثنان فقيهان في مسألة وارادا الرجوع الى الشيخ وجعلا على

ذلك جعلاً لانه لما جاز في الافراس لمخرج الى الجهاد يجوز هنا للحث على الجهد في طلب العلم لان الدين
يقوم بالعلم كما يقوم بالجهاد والمسابقة بالخيل للرياضة ما لم يتبعها مندوب اليه وكذلك على الاقدام
والرمي قال عليه السلام ان الله تعالى يدخل بالسهم الواحد الجنة ثلاثة صانعه ومنبله والرامي به وتجسس
الدابة وركضها للجهاد وغيره من غرض صحيح لا بأس وللتلهي مكروه وركض الدابة يتكلف للعرض
على المشتري مكروه لانه تغرير بالمشتري وفي الحديث تضرب الدابة على النفار ولا تضرب على العثار لان العثار
يكون من سوء امساك الراكب اللجام والنفار من سوء خلق الدابة فتؤدب على ذلك كذا في الاختيار والمراد
من جواز الجعل والطيب دون الاستحقاق فانه لا يصير مستحقا وما يفعله الامراء فهو ايضا جائز ايضا بان
يقول للاثنين ايكما سبق فله كذا وانما يجوز السباق في الدوات اذا كان فرسه مما قد يسبق
وقد لا يسبق قالوا ويجوز الذي يلعب الصبيان يوم العيد يؤكل روي عن ابن عمر رض انه كان
يشتري الجوز لصبيانه يوم العيد يلعبون بها وهو يأكل منه وهذا اذا كان لم يكن على وجه المقامرة
وان كان على وجه المقامرة فهو حرام كذا في قاضي خان ووليمة العرس قالوا الضيافة ثمانية الوليمة
وهو الطعام المتخذ للعرس والخرص بضم الخاء المعجمة وسكون الراء المهملة للولادة والاعذار بكسر الهمزة
وبالعين المهملة والذال المعجمة للختان والوكيرة بفتح للبناء والنقيعة لقدوم المسافر من النقع وهو الغبار
والعقيقة لتسمية الولد يوم السابع من ولادته والوضيمة بفتح الواو وكسر الضاد المعجمة للطعام عند
المصيبة والمأدبة بسكون الهمزة وضم الدال المهملة وفتحها والباء الموحدة للطعام المتخذ ضيافة
بلا سبب كذا في الكرماني والمبارق سنة قديمة وفيها مثوبة عظيمة قال صلى الله عليه وسلم اولم ولو
بشاة وهي اذا بنى الرجل بامرأة ان يدعو الجيران والاقرباء والاصدقاء ويذبح لهم ويصنع لهم طعاما
ومن دعي اليها فليجب وان لم يجبها اثم لقوله عم من لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله فان كان
صائما اجاب ودعا وان لم يكن صائما اكل ودعا وان لم يأكل اثم وجفى لانه استهزاء بالمضيف ولا
يرفع منها شيئا ولا يعطي سائلا الا باذن صاحبها لانه انما اذن له في الاكل دون الرفع والاعطاء وان علم
المدعو ان فيها لهوا لا يجيب لانه لم يلزمه حق الاجابة وان لم يعلم به حتى حضر فان قدر على المنع فعل لانه
نهي عن منكر والا ان لم يقدر على منعهم فان كان المدعو مقتدى به ان كان اللهو على المائدة فلا يقعد
لان استماع اللهو حرام والاجابة سنة والامتناع عن الحرام اولى من الاتيان بالسنة والا ان لم يكن
اللهو على المائدة فان كان مقتدى به لا يقعد لان فيه شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين وان لم يكن
مقتدى فلا بأس بالقعود وصار كتشييع جنازة اذا كان معها نائحة لا يترك التشييع والصلوة
عليها لما عندها من النياحة كذا هنا وينكر بقلبه قال الامام ابو حنيفة رح ابتليت مرة فصبرت وهو
محمول على ما قبل ان يصير مقتدى كذا في الاختيار قالوا ان كان الرجل بحال لو امتنع عن الاجابة منعهم عن
فسقهم يباح له ترك الاجابة بل يجب عليه ان لا يجيب لانه نهي عن المنكر وان لم يكن الرجل بحال لو لم يجب
لم يمنعهم عن الفسق لا بأس بان يجيب ويطعم وينكر معصيتهم وفسقهم لان اجابة الدعوة واجب
او مندوب فلا يمتنع لمعصية اقترنت بها كذا في قاضي خان وذكر في روضة الزندويستي يجوز للرجل ان يجيب
دعوة الفاسق وفي شرح الطحاوي لا ينبغي التخلف عن اجابة دعوة العامة كدعوة العرس والختان

ونحوهما

ونحوهما فان اجاب فقد فعل ما عليه فان لم يأكل لا بأس والافضل ان يأكل لو كان غير صائم كذا في الخلاصة
واختلفوا في اجابة الوليمة قال بعضهم باستحبابها وبعضهم بوجوبها وهو مذهبنا يأثم ان تخلف عن غير عذر كذا
في شرح الشرعة وان دعي الى غير الوليمة فالجمهور على ان الاجابة مستحبة كذا في المبارق ودل قوله اللّه
ان قول الامام ابي حنيفة ابتليت على حرمة كل الملاهي لان الابتلاء انما يكون بالمحرم وسيأتي ادلة حرمتها ان شاء الله
فروع ذكر الفقيه ابو الليث ان الامر بالمعروف على وجوه ان كان يعلم باكبر رأيه انه لو امر بالمعروف لكان
يقبل ذلك منه ويمتنع عن المنكر فالامر بالمعروف واجب عليه ولا يسعه تركه وان علم باكبر رأيه انه لو امرهم بمعروف
قذفوه وشتموه فتركه افضل وكذلك لو علم انهم يضربونه ولا يصبر على ذلك ويقع بينهم العداوة ويهيج
منه القتال فتركه افضل وكذلك لو علم انهم لو ضربوه صبر على ذلك ولم يشكوا الى احد فهذا لا بأس بان
ينهى عن ذلك وهو مجاهد وهذا من اعمال الانبياء عليهم الصلوة والسلام ولو علم انهم لا يقبلون منه ولا يخاف
منهم ضربا ولا شتما فهو بالخيار والامر افضل وفي الذخيرة اذا استقبله الامر بالمعروف وخشي ان لو اقدم
عليه قتل فان اقدم عليه حتى قتل يكون شهيدا وفي الظهيرية الامر بالمعروف باليد على الامراء وباللسان
على العلماء وبالقلب لعوام الناس وهو اختيار الزندويستي وفي الخانية رجل دعاه الامير فسأله
عن اشياء ان تكلم بما يوافق الحق يصيبه مكروه فانه لا ينبغي له ان يتكلم بما يخالف الحق وهذا اذا
كان لا يخاف القتل على نفسه ولا اتلاف عضو ولا يخاف على ماله وان خاف ذلك منه فانه لا بأس به
كذا في التاتارخانية رجل رأى من رجل منكرا وهو ابوه يرتكب ذلك المنكر فعليه ان ينهى غيره ويمنع
هو ايضا رجل علم ان فلانا يتعاطى من المنكر هل له ان يكتب الى ابيه لذلك قالوا ان كان يعلم انه لو كتب
الى ابيه يمنعه الاب عن ذلك ويقدر عليه يحل له ان يكتب وان لم يعلم ان اباه لو اراد منعه لا يقدر
عليه فانه لا يكتب كيلا تقع بينهما عداوة وكذا فيما بين الزوجين وبين السلطان والرعية والحشم
انما يجب الامر بالمعروف اذا علم انهم يسمعون كذا في قاضي خان وهكذا في التاتارخانية نقلا عن النوازل
والكلام منه ما يؤجر به الا كالتسبيح ونحوه كقراءة القرآن والاحاديث النبوية وعلم الفقه قال الله
تعالى والذاكرين الله كثيرا والذاكرات اعد الله لهم مغفرة واجرا عظيما والايات والاحاديث كثيرة
في ذلك وقد يأثم به اي بالكلام اذا فعله اي التسبيح ونحوه في مجلس الفسق وهو يعلمه لما فيه من الاستهزاء
والمخالفة لموجبه وان قصد به اي بالتسبيح الاعتبار والانكار فحسن كارادته الاشتغال عما هم فيه
من الفسق والانتهاء عنه وكذا من سبح في السوق بنية ان الناس غافلون مشتغلون بامر
الدنيا وهو مشتغل بالتسبيح وهو افضل من تسبيحه وحده في البيوت قال عليه السلام ذاكر الله في الغافلين
كالمجاهد في سبيل الله ويكره فعله اي التسبيح للتاجر عند فتح متاعه وكذلك للفقاعي عند فتح الفقاع
يقول لا اله الا الله صلى الله على محمد فانه يأثم بذلك لانه يأخذ لذلك ثمنا بخلاف الغازي او العالم اذا كبر
عند المبارزة وفي مجلس العلم لانه يقصد به التعظيم والتفخيم واظهار شعائر الدين ويكره الترجيع
بقراءة القرآن والاستماع اليه لانه يشبه بفعل الفسقة حال فسقهم وهو التغني ولم يكن هذا في الابتداء
ولهذا كره في الاذان وقيل لا بأس به لقوله صلى الله عليه السلام زينوا القرآن باصواتكم وروي عن
النبي صلى الله عليه وسلم انه كره رفع الصوت عند قراءة القرآن والجنازة والزحف والتذكير اي الوعظ فما

فما ظنك به عند استماع الغنا المحرم الذي يسمونه وجدا كذا في المختار والاختيار اقول وبالله التوفيق
ههنا في مواضع الاول ان الترجيع فيهما لا يخلو اما ان يراد به معنى الذي مر في الاذان او يراد به اللحن والتغني
ولا ثالث يحتمل عندنا حتى يتكلم فيه فان كان المراد هو الاول فلا يخفى انه غير معهود في قراءة القرآن وان اريد به
الثاني كما هو الظاهر من كلام الاختيار ففيه تفصيل لان من اللحن ما هو منهي ومنه ما هو مستحب فحد اللحن المنهي
عنه ما قال في المحيط ان يغير الكلمة عن موضعها حتى لو لم يغيرها ولم يزد الا تطويل الحروف التي تحصل التغني
بها على وجه يصير الحرف حرفين بل لحسنه تحسين الصوت فذلك مستحب في الصلوة وخارج الصلوة وقد قال
عليه السلام اقروا القرآن بلحون العرب فاللحن المغير حرام قطعا وغير المغير جائز بلا كراهة بل مستحب
فكيف ينقسم المقال الى المقبل والقال والا فانجر كلام المختار والاختيار في المآل وقد صرح صاحب المبارق
بان اباحة التغني بالقرآن بلا كراهة مذهب ابي حنيفة وجماعة من السلف وكراهته مذهب مالك حيث
قال في شرح المبارق التغني بقراءة القرآن اباحه ابو حنيفة وجماعة من السلف لان ذلك سبب للرقة
واقبال النفوس اليها وكرهه مالك لانه مانع من الخشوع والتفهم وان الشافعي كرهه في موضع ولم يكره
في آخر فلعل الاول محمول على تغير الكلام بنقص له او زيادة والثاني على عدمه كذا في شرح مسلم انتهى
الموضع الثاني ان رفع الصوت عند قراءة القرآن ان كان المراد به رفع السامع صوته فلا شك انه مكروه
للاخلال بالاستماع والانصات المأمور بهما بالنص وان كان المراد رفع القارئ صوته كما هو المناسب للسوق
ففي كراهته كلام بل قد صرح المص بنفسه في شرح المنية بافضليته حيث قال الجهر بالقراءة افضل ان لم يكن
عنده مشغولون ما لم يخالطه رياء انتهى فالجهر يحصل برفع الصوت فلا نزاع في كراهة الجهر الشديد لاشتغاله
عن التدبر المندوب اليه في التنزيل ولا في كراهته عند المشتغل بعمل قبل الشروع في القراءة ولا في كراهة
الجهر رياء وسمعة بل كل قول وفعل اذا صدر عن المكلف على سبيل الرياء والسمعة فهو باطل اجماعا لكونه
شركا خفيا عصمنا الله تعالى عنه والموضع الثالث ان راوي الحديث المذكور الحسن وقد وقع في رواية
عبادة الذكر بدل قراءة القرآن في رواية الحسن فيتناول اسم الذكر الدعاء والتسبيح والتهليل والوعظ
وقراءة القرآن بل هو اشرف الاذكار قال الله تعالى ولذكر الله اكبر قال ابن عباس رضي الله عنهما ولتلاوة القرآن
اكبر ففيه كلام ايضا قال في عمدة الابرار ذكر في مجموع النوازل والفتاوى الخانية والحامدية والراجحية
والمصور والملتقط والتجنيس والمزيد لا يكره التسبيح والتهليل في الحمام وان رفع صوته وقال الجامع عصمه الله
معلوم ان الحمام لا يخلو عن القاذورات وما شاكلها غالبا وقد كان بعض الناس مكشوف العورة
فاذا كان جواز التسبيح والتهليل في الحمام بصوت رفيع مع هذه الاشياء فلان يجوز في المساجد والبيوت
والزوايا والخلوة في مكان طاهر كان اولى ايده ما ذكره الفقيه ابو الليث ان حرمة الحمام جماعة عشر
ذكر في جملتها ان لا يرفع فيه الصوت في غير ذكر الله تعالى وفي بستان النوادر في باب الاذكار ان النبي عليه السلام
كان يجهر مع الصحابة بالاذكار والتسبيح والتهليل بعد الصلوة هكذا ذكر في كنز العباد فان قيل
ما الحكمة في رفع الصوت بالذكر مع انه يكفي عمل القلب في علم الله تعالى فالجواب ان شرع الذكر والدعاء والجهر فيهما
ليس لاعلام الله تعالى بل لتصوير النفس بالذكر ورسوخه فيها ومنعها عن الاشتغال بغيره وهضمها بالتضرع
والجواز ذكره القاضي البيضاوي في تفسيره في سورة طه وقال سعدي جلبي في حاشيته وليقتدي به انتهى

ولعل

فلعل ما في الحديث من كراهة رفع الصوت بالذكر محمول على ما اذا كان مشوبا بشيء من الآفات كالرياء والسمعة
كما في قرآنيه واما رفع الصوت عند الجنازة فيحتمل ان المراد منه النوح وتمزيق الثياب وخمش الوجوه وذلك مكروه
ويحتمل ان المراد منه ان يقوم رجل بعدما اجتمع القوم للصلوة ويدعو للميت ويرفع صوته وذلك ايضا مكروه
ويحتمل ان يكون المراد ما كان عليه اهل الجاهلية من الافراط في مدح الميت عند جنازته حتى كانوا يذكرون ما هو
شبه المحال واصل الثناء على الميت ليس بمكروه وانما المكروه مجاوزة الحد هكذا ذكره في التاتارخانية نقلا
عن المحيط والزحف القتال قال في فتاوى قاضيخان في كتاب السير ولا يستحب رفع الصوت في الحرب لانه نوع من الفشل
وان كان في رفع الصوت تحريض على القتال فلا بأس به انتهى والموضع الرابع في الغنا وهو لغة بالكسر والمد اسم من التغنية
في المحل عنى يغني تغنية وغناء وبالفارسية سرور گفتن كما في احارة الكرماني وعرفا ترديد الصوت بالالحان في
الشعر مع انضمام التصفيق المناسب لها فلم يتحقق الغنا بفقدان قيد من الثلاثة كون الالحان في الشعر وانضمام
التصفيق بالالحان ومناسبة التصفيق لها كذا في القهستاني وقد قال في المحاضرات وقد اختلف العلماء
قديما وحديثا في الغنا فاجازه عامة اهل الحجاز وكرهه عامة اهل العراق ولكل مقاصد ومحامل حسنة وغيرها
كاختلافهم في الاشعار حسنها حسن وقبيحها قبيح بحسب المقاصد والمجالس واما اهلها فارباب الاحوال واهل
الاهواء كما ذكره الغزالي والنووي فمن اراد الاطلاع بتفاصيل الادلة فليطالع كتاب السماع من احياء علوم الدين
بقي الكلام فيما يقع من الذاكرين من الصوفية اثناء الذكر بحسب ما يقتضيه حال من الاقوال والافعال وذلك هو المسمى
بالتواجد والرقص والدوران والعلم عند الله الملك المنان وهو ايضا كذلك يعرفه من يعرفه وينكره من ينكره وينفي
اوائل العقول خصوصا من اهل العقول ان ينكر ما لا يدركه فهم كالصبي بل البالغ القاصر مثل العنين ينكر ما لا
يذوقه ويذوقه البالغ الواصل وقد قال الله تعالى ولا تتبعوا الظن ان بعض الظن اثم وقد علم مما ذكرنا ونقلنا
من الكتب المعتبرة المذكورة ان ما ذكر من الكراهة بقصد غرض فاسد وشوب آفة مثل الرياء والسمعة يخرج عنها بحسن
النية وتخليصها عن الشوب بل يكون مستحبا لان الامور بمقاصدها واما التواجد ففيه ايضا جهتها باحته عند البعض
صرح به السيد الشريف حيث قال في التعريفات التواجد استدعاء الوجد تكلفا بضرب اختيار وليس
لصاحبه كمال الوجد لان باب التفاعل اكثره لاظهار صفة ليست موجودة كالتغافل والتجاهل وقد انكره قوم
لما فيه من التكلف والتصنع واجازه قوم لمن يقصد به تحصيل الوجد والاصل فيه قوله عليه السلام اقرؤا
القرآن وابكوا وان لم تبكوا فتباكوا واراد به التباكي ممن هو مستعد للبكاء لا تباكي الغافل اللاهي انتهى واما
الرقص في السماع فقد صرح بحرمته في بعض كتب الفقه كالبزازية والتاتارخانية ولكن قال فيهما وعند بعض العلماء
من المشايخ الصوفية له شروط فبينها صاحب التاتارخانية فيها وهكذا بين الغزالي شروطا باجازة الرقص والسماع
في الاحياء اياكم ان تتبع لمن يشدد في الانكار حتى يكفر من ينسب الى ذلك بان يفعله احيانا بحسب
اقتضاء الحال وقد صرح الفقهاء بانه اذا كان في المسئلة وجوه توجب الكفر ووجه واحد يمنعه يميل العالم
الى ما يمنعه ولا يرجح الوجوه على الواحد لان الترجيح لا يقع بكثرة الادلة لاحتمال انه اراد الوجه الذي لا يوجب
الاكفار وقال الصغير الكفر شيء عظيم ولا اجعل المؤمن كافرا متى وجدت رواية انه لا يكفر ذكره ابن نجيم في
الاشباه ومن قواعد اهل السنة والجماعة ان لا يكفر احد من اهل القبلة على ما هو الامر ما يجر الكلام الى نوع من الاطناب
فلعل الله تعالى ينصفنا ثم ينصفنا بالانصاف من يكمل الدين والايمان وحسن الظن يقع الامن والامان

[illegible]

هذا ما تيسر لنا من التوفيق بين الاقوال وتحسين العلل للمؤمنين في الافعال بعون الله الملك المتعال وبحرمة
حبيبه محمد كثير الخصال ونرجو من الله ان لا يبقينا في القيل والقال حتى نجد من جوده وكرمه احسن الحال انه
على كل شيء قدير وبالاجابة ما سئل جدير وكره الامام ابو حنيفة القراءة اي قراءة القرآن عند القبور
لانه لم يصح عنده في ذلك شيء عن النبي عم وجوزها محمد ولم يكرهها وبه اخذ لما فيه من النفع للمسلمين لورود الآثار
لقراءة آية الكرسي وسورة الاخلاص والفاتحة وغير ذلك عند القبور ومذهب اهل السنة والجماعة ان
للانسان ان يجعل ثواب عمله لغيره ويصل لحديث الخثعمية وقد مر في الحج ولما روي انه عليه السلام ضحى بكبشين
املحين احدهما عن نفسه والآخر عن امته اي جعل ثوابه عن امته وروي ان رجلا قال يا رسول الله ان امي
افتلتت نفسها فهل لها اجر ان تصدقت عنها قال نعم ورفعت امرأة صبيها وقالت يا رسول الله الهذا حج
قال نعم ولك اجر والآثار فيه كثيرة ومنه اي من الكلام ما لا اجر فيه ولا وزر كقولك قم واقعد واكلت وشربت
ونحوه لانه ليس بعبادة ولا معصية وقيل لا يكتب عليه لانه لا اجر فيه ولا عقاب وعن محمد ما يدل عليه فقد روي
عن هشام عن عكرمة عن ابن عباس انه قال ان الملائكة لا تكتب الا ما كان فيه اجر او وزر وقيل يكتب لقوله تعالى
ونكتب ما قدموا وآثارهم الآية ثم يمحى ما لا اجر فيه ويبقى ما فيه جزاء وقيل يمحى في كل اثنين وخميس وفيهما تعرض
الاعمال والاكثرون على انها تمحى يوم القيمة ومنه اي من الكلام ما يأثم به كالكذب وهو كل كلام لا يطابق الواقع والغيبة
وهو ان يذكر الانسان بما يكرهه اخوه اذا سمع والنميمة وهو تبليغ كلام احد الى الغير على سبيل الافساد والشتيمة
لان ذلك كله معصية حرام بالنقل والعقل والكذب حرام في جميع الحالات الا في حال الحرب والقتال للخدعة وفي الصلح
بين اثنين وفي ارضاء الاهل وفي دفع الظالم عن المظلوم لقوله عليه السلام لا يصح الكذب الا في ثلث في الصلح
بين اثنين وفي القتال وفي ارضاء الرجل اهله ودفع الظالم عن المظلوم من باب الصلح ويكره التعريض به اي
بالكذب الا لحاجة كقولك لرجل كل فيقول اكلت يعني امس فلا باس به لانه صادق في نفسه وقيل يكره لانه كذب
في الظاهر ولا غيبة لظالم يؤذي الناس بقوله وفعله قال عليه السلام اذكروا الفاجر بما فيه كي يحذره الناس ولا اثم
في السعي به الى السلطان ليزجره لانه من باب النهي عن المنكر ودفع الظلم ولا غيبة الا لمعلوم فاغتياب اهل القرية ليس
بغيبة لان المراد مجهول وصار كالقذف قال قاضي خان رجل اغتاب اهل قرية فقال اهل هذه القرية كذا لم يكن
ذلك غيبة لانه لا يريد به جميع اهل القرية وكان المراد هو البعض وهو مجهول رجل يذكر مساوي اخيه المسلم
على وجه الاهتمام لم يكن ذلك غيبة انما الغيبة ان يذكر على وجه الغضب يريد به السب انتهى ويحرم اللعب بالنرد
والشطرنج وغيرهما والاربعة عشر قيل هو لعب يستعمله اليهود وكل لهو قال عليه السلام كل لعب ابن آدم حرام الا
ثلثة ملاعبة الرجل مع امرأته ورميه عن قوسه وتأديبه فرسه ولانه ان قامر عليه فهو ميسر والا فهو عبث
والكل حرام قال عليه السلام لست من دد ولا الدد مني اي اللعب وقال عليه السلام ما الهاك عن ذكر الله فهو
ميسر وهذا اللعب مما يلهي عن الجمعة والجماعات فيكون حراما وعن علي رض انه مر على قوم يلعبون بالشطرنج
فلم يسلم عليهم وقال ما هذه التماثيل التي انتم لها عاكفون وعن ابن عمر رض مثله ولم ير ابو حنيفة باسا
بالسلام عليهم ليشغلهم عن اللعب وكرها ذلك تحقيرا لهم واهانة لهم ولا يجوز الذي يلعب الصبيان يوم
العيد بالجوز الا ان يكون على سبيل المقامرة لما روي ان ابن عمر رض كان يشتري جوزا لصبيانه يوم الفطر
يلعبون به وكان يأكل منه فان قامر به حرم كذا في الاختيار واللعب بما لا فائدة فيه اصلا كما في الكشف والكرد

ام

مهوب ويقال له النردشير ايضا بفتح الدال وكسر الشين والشير اسم ملك وضع له النرد كانه معرب وهو حرام
مسقط للعدالة بالاجماع فانه كبيرة والشطرنج بكسر السين المهملة والمعجمة ولم يفتح لعجمة كما في القاموس
معرب شدرنج يعني انه من اشتغل به ذهب عناؤه الدنيوي وجاء العناء الاخروي به فهو حرام وكبيرة عندنا
وفي اباحته اعانة للشيطان على الاسلام والمسلمين كما في الكافي وذكر في التجنيس عن بعضهم انه لو قال ان هذا
اللعب لتهذيب الفهم غير محرم ولم يحرم من الكتاب ولا السنة او القياس فامرأته طالق وقع الطلاق لانه حرام
بالآثار والقياس كذا في القهستاني ويكره استخدام الخصيان لانه تحريض على الخصاء المنهي عنه لكونه مثلة ويكره
وصل الشعر بشعر الآدمي سواء كان شعرها او شعر غيرها لقوله عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة
والواشمة والمستوشمة والواشرة والمستوشرة والنامصة والمتنمصة فالواصلة التي تصل الشعر بشعر
الغير او التي يوصل شعرها بشعر غيره والمستوصلة التي يوصل لها ذلك بطلبها والواشمة التي تشم في الوجه
والذراع وهو ان تغرز الجلد بابرة ثم تحشي بكحل او نيل فيزرق والمستوشمة التي يفعل ذلك بها بطلبها
والواشرة التي تفلج اسنانها اي تحددها وترقق اطرافها تفعله العجوز تتشبه بالشواب والمستوشرة
التي يفعل بها بامرها والنامصة التي تنتف الشعر من الوجه والمتنمصة التي يفعل بها ذلك ويكره قوله في الدعاء
اسألك بمعقد العز من عرشك خلافا لابي يوسف فانه عنده يجوز لانه جاء في الاثر اللهم اني اسألك بمعقد
العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وكلماتك التامة ووجه الظاهر انه يوهم تعلق عزه
بالعرش وهو محدث وصفات الله كلها قديمة بقدمه فكان الاحتياط في الامساك عنه وما رواه خبر الواحد ولا يترك
الاحتياط به ويكره قوله في الدعاء اسألك بحق انبيائك ورسلك وملائكتك ونحو ذلك لانه لا حق للمخلوق
على الخالق واستماع الملاهي حرام كالضرب بالقضيب والدف والمزمار وغير ذلك قال عليه السلام استماع الملاهي
معصية والجلوس عليها فسق والتلذذ بها من الكفر انما قاله على وجه التشديد وتغليظ الذنب فان سمعه
بغتة يكون معذورا ويجب ان يجتهد ان لا يسمعه لما روي انه عليه السلام ادخل اصبعيه في اذنيه لئلا يسمع صوت
الشبابة وعن الحسن بن زياد لا باس بالدف في العرس ليشتهر ويعلن النكاح وسئل ابو يوسف
اكان يكره الدف في غير العرس تضرب به المرأة للصبي في غير فسق قال لا فاما الذي يجيء منه الفاحش للغناء فاني
اكرهه وقال ابو يوسف في دار يسمع منها صوت المزامير والمعازف ادخل عليهم بغير اذنهم لان النهي عن المنكر
فرض ولو لم يجز الدخول عليهم بغير اذن لامتنع الناس من اقامة الفرض رجل اظهر الفسق في داره
ينبغي للامام ان يتقدم اليه فان كف عنه والا ان شاء حبسه او ضربه سياطا وان شاء ازعجه عن داره
ويكره تعشير المصحف التعشير جعل العواشر في المصحف وهو كتابة العلامة عند منتهى عشر آيات
ونقطه لقول ابن مسعود وغيره من الصحابة جردوا القرآن والنقط والتعشير ليس من القرآن فيكون
منهيا عنه كذا في الاختيار ولكن التعشير يخل بحفظ الآي والنقط بحفظ الاعراب فكلاهما عليه الا للعجم فانه
حسن قالوا في زماننا لا بد للعجم من دلالة فترك ذلك اخلال بالحفظ وهجر القرآن فيكون حسنا ولا باس
بتحليته اي المصحف لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب كذا في الهداية ولا باس بنقش
المسجد وقيل هو قربة حسنة وقيل مكروه والاول اصح لانه تعظيم له واما التجصيص فحسن لانه احكام للبناء
ويكره الزينة على المحراب لما فيه من شغل قلب المصلي بالنظر اليه واذا جعل البياض فوق السواد للتفهي

لا بأس به اذا فعله من مال نفسه ولا يستحسن من مال الوقف ويكره الخياطة وكل عمل من اعمال الدنيا في المسجد لانه
ما بني لذلك ولا وقف له قال الله تعالى في بيوت اذن الله ان ترفع ويذكر فيها اسمه والجلوس فيه ثلاثة ايام
للتعزية مكروه وقد رخص في ذلك في غير المسجد ولو جلس للعلم او الناسخ يكتب في المسجد فلا بأس به ان كان
حسبة ويكره بالاجر الا عند الضرورة بان لا يجد مكانا آخر ولا بأس بدخول الذمي المسجد الحرام وغيره من المساجد
عندنا وقال مالك والشافعي يكره لقوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا ولنا انه
عليه السلام انزل وفد ثقيف المسجد وكانوا كفارا وقال ليس على الارض من نجسهم شيء وتأويل الآية انهم
لا يدخلون مستولين او طائفين عراة كما كانت عادتهم في الجاهلية ولا بأس بعيادة اليهودي الذمي لانه
نوع بر في حقهم وما نهينا عن ذلك وقد صح ان النبي عليه السلام عاد يهوديا مرض بجواره واما عيادة المجوسي
ففيه اختلاف بين المشايخ فمنهم من قال لا بأس به لانهم من اهل الذمة وهو المروي عن محمد رحمه الله ومنهم من قال هم
ابعد عن الاسلام من اليهود والنصارى الا ترى انه لا يباح ذبيحة المجوس ونكاحهم بخلاف اليهود والنصارى
واختلفوا في عيادة الفاسق والاصح انه لا بأس به لانه مسلم والعيادة من حقوق المسلمين ويجوز اخصاء
البهائم وانزاء الحمير على الخيل لان في الاول منفعة البهيمة والناس وقد صح ان النبي عليه السلام ركب البغلة فلو
كان هذا الفعل حراما لما ركبه لما فيه من فتح بابه ويجوز الحقنة يريد به التداوي لان التداوي مباح بالاجماع
وقد ورد باباحته الحديث بخلاف ما اذا اراد به التسمين فانه لا يباح قال عليه السلام تداووا يا عباد
الله فان الله ما خلق داء الا وقد خلق له دواء الا السام والهرم والامر بالتوكل محمول على التوكل عند
اكتساب الاسباب ثم التوكل بعده على الله تعالى دون الاسباب قال الله تعالى وهزي اليك بجذع النخلة مع قدرته
على ان يرزقها من غير هز كذا ذكره فخر الاسلام رحمه الله الا انه لا ينبغي ان يستعمل المحرم كالخمر ونحوه لان الاستشفاء
بالمحرم حرام قيل اذا لم يعلم ان فيه شفاء اما اذا علم ان فيه شفاء وليس له دواء آخر غيره يجوز الاستشفاء
به ومعنى قول ابن مسعود رضي الله عنه ان الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم يحتمل ان عبد الله قال ذلك في داء
عرف له دواء غير المحرم لانه يستغني بالحلال عن الحرام ويجوز ان يقال ينكشف الحرمة عند الحاجة فلا يكون
الشفاء بالحرام وانما يكون بالحلال كذا في العناية والتاتارخانية نقلا عن المحيط وذكر في التتمة نهى النبي عليه السلام
عن دواء يتخذ فيه الضفدع وفي العتابية والحجامة بعد نصف الشهر يوم السبت حسن نافع جدا
ويكره قبل نصف الشهر وفي الظهيرية ويستحب الحجامة لكل واحد لما روي عن النبي عليه السلام انه قال ما مررت
بملأ من الملائكة ليلة اسري بي الا قالوا يا محمد مر امتك بالحجامة قال الشيخ محمد بن علي الترمذي في نوادر
الاصول وهذه المقالة التي بقيت في افواه العامة ان البدن يضعف باخراج الدم والرجل اذا هو
جاوز الخمسين يستحب تقليل الحجامة غلط وهو في غير هذه الامة لان النور في هذه
الامة اكثر على ما روي عن كعب رضي الله عنه قال وجدت في التورية ان الانبياء يقومون يوم القيمة مع كل نبي
نوران ومع كل واحد ممن تبعه نور واحد ومحمد عليه السلام يقوم وله بعدد كل شعرة من رأسه وجسده نور
ومع كل واحد ممن تبعه نوران فيجتمع حرارة النور والدم فاذا احتجم تغلب عليه الحرارة فيموت فلذلك
يستحب الحجامة لهذه الامة كذا في التاتارخانية ولا بأس برزق القاضي فاذا قلد السلطان رجلا القضاء
فلا بأس ان يعين له رزقا لان النبي عليه السلام بعث عتاب ابن اسيد رضي الله عنه الى مكة وفرض له اربعين اوقية

في السنة

في السنة والاوقية بالتشديد اربعين درهما وبعث عليا الى اليمن وفرض له وتكلموا في انه عليه السلام
من اي مال رزقه ولم يكن يومئذ الدواوين ولا بيت المال فان الدواوين وضعت في زمن عمر رضي الله عنه فقيل انما
رزقه من الفيء وقيل من المال الذي اخذه من نصارى نجران ومن الجزية التي اخذها من مجوس هجر ولانه محبوس
لحق المسلمين فيكون نفقته في مالهم وهو مال بيت المال وهذا لان الحبس من اسباب النفقة كما في النكاح
والعدة وفي الوصي والمضارب اذا سافر بمال المضاربة كما في حاجته وحاجة اهله واعوانه كما مر في كتاب
القضاء وقد مر في اوائل فصل الجزية مقدار رزق القاضي والامير فتذكر بلا شرط في ابتداء التقليد من
بيت المال فان كان شرطا فهو حرام لانه استيجار على الطاعة اذ القضاء طاعة بل هو افضلها كما مر ثم القاضي
اذا كان فقيرا فالافضل بل الواجب الاخذ لانه لا يمكنه اقامة فرض القضاء الا به اذ الاشتغال بالكسب
يقعده عن اقامته وان كان غنيا فالافضل الامتناع على ما قيل رفقا ببيت المال وقيل الاخذ وهو الصحيح
صيانة للقضاء عن الهوان ونظرا لمن يولى بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع زمانا يتعذر اعادته
وقد جرت الرسم باعطاء الرزق في اول السنة لان الخراج يؤخذ في اول السنة وهو يعطى منه وفي زماننا الخراج
يؤخذ في آخر السنة فالمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح ولو استوفى رزق سنة وعزل
قبل استكمالها قيل هو على الاختلاف المعروف في نفقة المرأة اذا ماتت في السنة بعد استعجال نفقة السنة
والاصح انه يجب رده كذا في الهداية ولا بأس بسفر الامة وام الولد بلا محرم لان الاجانب في حق الاماء فيما يرجع
الى النظر والمس بمنزلة المحارم وام الولد امة لقيام الملك فيها وان امتنع بيعها وفي الكافي قالوا هذا في
زمانهم لغلبة اهل الصلاح فيه واما في زماننا فلا لغلبة اهل الفساد فيه ومثله في النهاية معزيا الى شيخ
الاسلام كذا في الدرر قال ابن الكمال وبه يفتى انتهى والخلوة بها اي بامة الغير قيل تباح كالمحارم وقيل
لا تباح وهو المختار لان الشهوة الى الامة الغير كثيرة ولا كذلك في المحارم ولانه لا ضرورة الى المسافرة والخلوة
معها وفي المحارم ضرورة ذكره في الاختيار قال في المحيط ولم يذكر محمد في شيء من الكتب الخلوة والمسافرة
بامة الغير وقد اختلف المشايخ فيه فمنهم من قال لا يحل واليه مال الحاكم الشهيد ومنهم من قال يحل وبه
كان يفتي الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي والذين قالوا بالحل اختلفوا فيما بينهم بعضهم قالوا
ليس له ان يعالجها في الانزال والاركاب وبعضهم قالوا له ذلك اذا امن على نفسه الشهوة وعليها وذكر الكاكي
وهو الاصح وفي جامع الجوامع لا بأس ان يمس الامة الرجل ويدهنها ويغمزها ما لم يشتهيها الا ما بين السرة
والركبة كذا في التاتارخانية ويكره جعل الراية في عنق العبد الراية هو الطوق الحديد الذي يمنعه من ان يحرك
رأسه وهو معتاد بين الظلمة لانه عقوبة اهل النار فيكره كالاحراق بالنار ولا يكره تقييده لانه سنة
المسلمين في السفهاء واهل الدعارة فلا يكره في العبد تحرزا عن اباقه وصيانة لماله ويكره ان يقرض بقالا
درهما ليأخذ منه ما يحتاج اليه الى ان يستغرقه لانه ملكه قرضا جر به نفعا وهو ان يأخذ منه ما شاء
حالا فحالا وقد نهى عليه السلام عن قرض جر نفعا وينبغي ان يستودعه بلا اشتراط ثم يأخذ منه ما شاء
جزءا فجزءا لانه وديعة وليس بقرض حتى لو هلك لا شيء على الآخذ ذكره في الهداية والسنة تقليم الاظافر
ويستحب قلمها وما عطف عليها ان يكون في كل اسبوع مرة ويوم الجمعة افضل ثم في خمسة عشر يوما
والزائد على الاربعين اثم وفي المسعودية يبتدئ في تقليم اليد بمسبحة اليمنى ويختم بابهامها وفي الرجل بخنصر

اليمنى ويختم بخنصر اليسرى كذا في القهستاني ونتف الابط وحلق العانة وحلق الشارب وقصه
احسن وهو من سنن الخليل عليه السلام وفعلها نبينا عليه السلام وامر بها وقيل
اول من قص الشارب واختتن وقلم الاظفار ورأى الشيب ابراهيم عليه السلام وقال الطحاوي
في شرح الآثار قص الشارب حسن وهو ان يأخذ حتى ينتقص عن الاطار وهو الطرف الاعلى
من الشفة العليا قال صاحب الهداية والحلق سنة وهو احسن من القص وهو قول اصحابنا
قال عليه السلام احفوا الشوارب واعفوا اللحى والاحفاء الاستيصال والاعفاء اللحى قال محمد عن ابي
حنيفة تركها حتى تكث وتكثر والتقصير فيها سنة وهو ان يقبض الرجل لحيته فما زاد على قبضته قطعه
لان اللحية زينة وكثرتها من كمال الزينة وطولها الفاحش من خلاف الزينة والسنة النتف في الابط
ولا بأس بالحلق ويبتدئ في حلق العانة من تحت السرة واذا قص اظفاره او حلق شعره
ينبغي ان يدفنه قال الله تعالى الم نجعل الارض كفاتا احياء وامواتا وان القاه فلا بأس به
ويكره القاؤه في الكنيف والمغتسل قالوا لانه يورث المرض وتوفير الاظفار والشارب مندوب
اليه في دار الحرب ليكون اهيب في عين العدو والاظفار سلاح عند عدم السلاح ويستحب اتخاذ
الاوعية لنقل الماء الى البيوت لحاجة الوضوء والشرب للنساء لانهن عورة وقد نهين عن
الخروج قال الله تعالى وقرن في بيوتكن فيلزم الزوج ذلك كسائر حاجاتها وكونها من الاوعية من الخزف
افضل اذ لا سرف فيه ولا مخيلة وفي الحديث من اتخذ اواني بيته خزفا زارته الملائكة ويجوز اتخاذها
من نحاس او رصاص او شبه او ادم ولا يجوز من الذهب والفضة لما مر ولا بأس بستر حيطان البيت
باللبد ونحوه للتردد لدفع البرد لان فيه منفعة ويكره للزينة وكذا ارخاء الستر على البيت كرهه محمد
لانه نوع تكبر وفيه زينة واذا ادى الرجل الفرائض واحب ان يتنعم بمنظر حسن وجوار جميلة
فلا بأس به لان النبي عليه السلام تسرى مارية ام ابراهيم مع ما كان عنده من الحرائر وعلي رضي الله عنه
استولد ام محمد بن الحنفية مع ما كان عنده من الحرائر والاصل فيه قوله تعالى قل من حرم زينة الله التي
اخرج لعباده الآية والقناعة بادنى الكفاية وصرف الباقي الى ما ينفع في الآخرة اولى لان ما عند الله
خير وابقى فالحاصل ان الاقتصار على ادنى ما يكفيه عزيمة وما زاد عليه من التنعم ونيل اللذات رخصة
وقد قال عليه السلام ان الله يحب ان يؤتى رخصه كما يحب ان يؤتى عزائمه وقال عليه السلام
بعثت بالحنفية السهلة السمحة ولم ابعث بالرهبانية الصعبة وفي الحديث لا تزل قدما عبد
يوم القيمة حتى يسأل عن اربعة عن عمره فيما افناه وعن شبابه فيما ابلاه وعن ماله من اين
اكتسبه وفيما ذا صرفه والذي يجب على المسلم ان يتمسك بخصال منها التحرز عن ارتكاب الفواحش
ما ظهر منها وما بطن ومنها المحافظة على اداء الفرائض في اوقاتها بواجباتها تامة كما امر بها
ومنها التحرز عن السحت واكتساب المال من غير حله ومنها التحرز عن ظلم كل مسلم او معاهد
وما عدا ذلك فقد وسع الله علينا الامر فيه فلا نضيقه علينا ولا على احد من المسلمين وفي الحديث
ان النبي عليه السلام وعظ الناس يوما وذكر القيامة فرق له الناس وبكوا واجتمع عشرة
من الصحابة في بيت عثمان بن مظعون وهم ابو بكر وعلي وابن مسعود وابن عمر وعبد الله بن عمرو

بن العاص

العاص وابو ذر وسالم مولى حذيفة والمقداد وسلمان الفارسي ومعقل بن مقرن واتفقوا
على ان يترهبوا ويجبوا مذاكرهم ويلبسوا المسوح ويصوموا الدهر ويقوموا الليل ولا يناموا على الفرش
ولا يأكلوا اللحم والودك ولا يقربوا النساء والطيب ويسيحوا في الارض فبلغ ذلك رسول الله
عليه السلام فقال لهم الم انبأكم انفقتم على كذا وكذا قالوا بلى وما اردنا الا الخير فقال عليه السلام اني لم اومر
بذلك ثم قال ان لانفسكم عليكم حقا فصوموا وافطروا وقوموا وناموا فاني اقوم وانام واصوم وافطر
واكل اللحم والدسم واتي النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني ثم خطب فقال ما بال اقوام حرموا النساء
والطعام والطيب والنوم وشهوات الدنيا اما اني لست امرتكم ان تكونوا قسيسين ورهبانا فانه ليس في
ديني ترك اللحم والنساء ولا اتخاذ الصوامع فان سياحة امتي الصوم ورهبانيتهم الجهاد اعبدوا الله
ولا تشركوا به شيئا وحجوا واعتمروا واقيموا الصلوة وآتوا الزكوة وصوموا رمضان واستقيموا
يستقم لكم فانما هلك من كان قبلكم بالتشديد شددوا على انفسهم فشدد الله عليهم ونزل قوله تعالى يا ايها
الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما احل الله لكم الى قوله واتقوا الله الذي انتم به مؤمنون كذا في الاختيار
وذكر في الحجة ويستحب ان يترك العبد والامة بعد صلوة العشاء لينام او يستريح ويجب على المالك ان لا يشغله
في اوقات الصلوة عن الصلوة انه فرض اداء الصلوة يبقى على اصل الحرية كذا في التاتارخانية

كتاب احياء الموات مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز ان يكون من حيث ان في مسائل هذا الكتاب
ما يكره وما لا يكره وسيأتي شرطه في اثناء الكلام سببه تعلق البقاء المقدر ومشروعيته بقوله عليه السلام
من احيا ارضا ميتة فهي له وحكمه تمكن المحيي من احياء واحياؤه جعله بحيث ينتفع به هي الموات ارض
لا ينتفع بها لانقطاع الماء عنه او لغلبته عليه او صار سبخة او غلب الرمال عليها او السيل او الاحجار او غير ذلك
مما يمنع الزراعة سميت بذلك لعدم الانتفاع بها كالميتة لا ينتفع به سواء كانت تلك الارض عادية اي
قديما خرابها كانها اخربت في عهد عاد او مملوكة في الاسلام ولكن ليس لها الآن مالك معين مسلم او ذمي
وقال بعضهم الاراضي المملوكة اذا انقرض اهلها فهي كاللقطة وعند محمد ان ملكت في الاسلام لا يكون مواتا
فيشترط عند محمد ان لا تكون مملوكة المسلم او ذمي مع انقطاع الارتفاق بها لتكون ميتة مطلقا واما التي
هي مملوكة لمسلم او ذمي لا تكون مواتا واذا لم يعرف مالكه تكون لجماعة المسلمين ولو ظهر له مالك يرد عليه
ويضمن الزارع نقصانها ويشترط عند ابي يوسف كونها بعيدة عن العمران بحيث لو صيح من اقصاه
لا يسمع فيها لان الظاهر ان ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق اهل القرية عنه فيدار الحكم على القرب
وعند محمد ان لا ينتفع بها اهل العامر يعني يعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة ولو كانت
قريبة منه اي من العامر كذا ذكره الامام المعروف بخواهر زاده وشمس الائمة السرخسي اعتمد على ما اختاره
ابو يوسف كذا في الهداية فدار الحكم على البعد عند ابي يوسف وهو المختار كما في المختار وغيره وعلى الارتفاق
عند محمد وبه يفتى كما في زكوة الكبرى وهو ظاهر الرواية كما في شرح الطحاوي ومقدار البعد ان لا يسمع الصوت
من اقصى العامر وطرفه فيعتبر الصوت من طرف الدور والاراضي العامرة كما في التجنيس وذهب الجرجاني
الى انه صوت على قدر اذان الناس عادة كما في الخزانة وعن ابي يوسف يقوم جهوري الصوت على اعلى
مكان وينادي باعلى صوت وعنه البعد قدر غلوة كما في الذخيرة من احياها اي الموات بحفر النهر او السقي

احصار

على ما روى عنه كما في الاختيار او بالكرب والسقي معا على ما روى عن محمد او باحدهما او بالغرس
على ما روى عن ابي يوسف او البناء او الزرع او غيره كما في الهداية وغيره باذن الامام في الاحياء ولو
كان المحيي ذميا وان كان مستامنا فلا يملكه اصلا بالاتفاق ملكها اي ملك المحيي تلك الموات
التي احياها ملك الرقبة وقيل المنفعة والاول الصحيح كما في الاختيار ولو زرعها آخر كان له ان ينزع عها
منه وبلا اذنه لا اي لا يملكها عنده خلافا لهما فيملكها عندهما بلا اذن الامام ايضا والاول المختار
كذا في القهستاني لهما ما روينا في قوله عليه السلام من احيا ارضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم
حق ولانه مال مباح سبقت يده اليه فيملكه كما في الحطب والحشيش والصيد وله قوله عليه السلام
ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه والمراد به في المباحات الا ان الحطب والحشيش والماء خص
عنه بالحديث فبقي الباقي على الاصل وما روياه يحتمل انه اذن لقوم مخصوصين لا نصب لشرع
وتحقيقه ان المشروعات على نوعين احدهما نصب الشرع والآخر اذن الشرع فالاول كقوله عليه السلام
من قاء او رعف في صلوته فلينصرف والآخر كقوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه فان للامام
ان يأذن للغازي بهذا القول وكان ذلك منه عليه السلام اذنا لقوم معينين فيجوز ان يكون
قوله عليه السلام من احيا ارضا مواتا فهي له من هذا القبيل وحاصله ان ذلك يحتمل التأويل
وما ذكره ابو حنيفة مفسر لا يقبله فكان راجحا ولان الموات مغنوم لوصولها الى يد المسلمين
بايجاف الخيل والركاب فليس لاحد ان يختص به بدون اذن الامام كما في ساير الغنايم واختلف
المشايخ في احياء الموات يثبت ملك الاستغلال او ملك الرقبة فذهب بعضهم منهم الفقيه
ابو القاسم احمد البلخي الى الاول قياسا على من جلس في موضع مباح فان له الانتفاع به فاذا
قام عنه واعرض بطل حقه وعامتهم الى الثاني وهو الاصح استدلالا بالحديث فانه اضاف بلام
التمليك بقوله فهي له وملكه لا يزول بالترك والذمي كالمسلم في ذلك لان الاحياء سبب الملك
فيستويان فيه كساير اسباب الملك حتى الاستيلاء على اصلنا ويجب فيه العشر على المسلم والخراج
على الذمي لانه ابتداء وضع فيجب على كل ما يليق به وان سقاه بماء الخراج يعتبر بالماء واعلم ان
من احيا ارضا ميتة ثم احاط الاحياء بجوانبها الاربعة من اربعة نفر على التعاقب فعن محمد
ان طريق الاول في الارض الرابعة لتعينها لتطرقه لانه حين سكت عن الاول والثاني والثالث
صار الباقي طريقا له فاذا احياه الرابع فقد قصد ابطال طريقه ولا يملك ابطاله فيكون له فيه طريق
كذا في شروح الهداية والاختيار ولا يجوز احياء ما قرب من العامر بل يترك مرعى لاهل القرية ومطرحا
لحصائدهم لتحقق حاجتهم اليها فلا يكون مواتا لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر
وعلى هذا قالوا لا يجوز ان يقطع الامام ما لا غنى بالمسلمين عنه كالملح والآبار التي يستقي الناس
منها لما ذكرنا ذكره في الهداية ولا يجوز احياء ما عدل عنه ماء الفرات ونحوها كالدجلة ولكن احتمل
عوده اليه لحاجة الناس لهيه فان لم يحتمل العود عود الماء اليه جاز احياؤه لانه كالموات وهو في يد
الامام اذا لم يكن حريما لعامر ومن حفر من الحفر بفتح الجيم او سكونه في غير الاول اعلم بوضع الاحجار
حوله لانهم كانوا يفعلون ذلك معه الى اعلم بحجر الغير عن احيائها ارضا سنين ولم يعمرها ان

لم يجيبها

ان لم يجيبها اخذت منه ودفعت الى غيره يعني جاز للامام اخذها منه ودفعها الى آخر والاصل في ذلك
ان المشايخ اختلفوا في كونه مفيدا للملك فمنهم من قال يفيد ملكا موقتا الى ثلاث سنين وقيل
لا يفيد وهو مختار صاحب الهداية اشار اليه بقوله هو الصحيح فيكون ثمرة الخلاف تظهر فيما اذا جاء
انسان آخر قبل مضي ثلاث سنين واحياه فانه ملكه على الثاني ولم يملكه على الاول وجه الاول ما روي عن عمر
ليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين نفي الحق بعد ثلاث سنين فيكون الحق في ثلاث سنين والمطلق
ينصرف الى الكامل والحق الكامل هو الملك ووجه الصحيح ان الدفع الى الاول كان ليعمرها فيحصل المنفعة لله
للمسلمين من حيث العشر والخراج فاذا لم يحصل يدفع الى غيره تحصيلا للمقصود قالوا هذا كله ديانة فاما اذا احياها
غيره قبل مضي هذه المدة ملكها لتحقق الاحياء من الاول فصار كالاستيام فانه يكره ولو فعل يجوز العقد ثم التحجير
قد يكون بغير الحجر بان غرز حولها اغصانا يابسة او نقي الارض او احرق ما فيها من الشوك او حصد ما
فيها من حشيش او الشوك وجعلها حولها وجعل التراب عليها من غير ان يتم المسناة ليمنع الناس من
الدخول او حفر من بئر ذراعا او ذراعين وفي الاخير ورد الخبر ولو كربها وسقاها فعن محمد انه احياء ولو فعل
احدهما يكون تحجيرا ولم يسقها تحجيرا او لو سقاها في ايام ضعف الانهار كان احياء لوجود الفعلين
ولو حوطها او سنمها بحيث يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها ومن حفر بئرا في ارض
موات فله حريمها ان كان باذن الامام اجماعا وكذا ان كان بغير اذنه عندهما لان حفر البئر احياء وحريم بئر
العطن بالتحريك مناخ الابل ومبركها وبئر العطن التي ينزح منها الماء باليد اربعون ذراعا لقوله عليه السلام
من حفر بئرا فله ما حولها اربعون ذراعا عطنا لماشيته ثم قيل الاربعون من كل الجانب فيكون في كل
جانب عشرة اذرع وقيل الاربعون من كل جانب من الجوانب الاربعة هو الصحيح لان المقصود من الحريم
دفع الضرر عن صاحب البئر الاولى كيلا يحفر بحريمه احد بئرا اخرى فيتحول اليها ماء بئره وهذا الضرر لا يندفع
بعشرة اذرع من كل الجوانب فان الاراضي تختلف في الصلابة والرخاوة وفي مقدار اربعين ذراعا من
كل جانب يتيقن دفع الضرر وكذا حريم بئر الناضح عنده والناضح البعير الذي يستقى به وبئر الناضح
التي ينزح الماء منها بالبعير وفي التتمة ويفتى بقول ابي حنيفة ذكره القهستاني وعندهما الناضح ستون
ذراعا لقوله عليه السلام حريم بئر الناضح ستون ذراعا وله ما رويناه في قوله عليه السلام من حفر بئرا
فله ما حولها اربعون ذراعا من غير فصل بين العطن والناضح واعترض بانه مقيد بقوله عطنا
لماشيته فيكون قد فصل بين العطن والناضح واجيب بان ذكر ذلك اللفظ للتغليب لا للتقييد فان
الغالب في انتفاع الآبار في الفلوات هذا الطريق فيكون ذكر العطن ذكرا لجميع الانتفاعات
نحو قوله تعالى وذروا البيع قيد بالبيع لان الغالب في ذلك اليوم البيع وكذلك قوله تعالى والذين يأكلون
اموال اليتامى ظلما والوعيد ليس مخصوصا بالاكل ولكن الغالب من امره الاكل فاخرج على ما عليه
الغالب وحريم العين خمسماية ذراع من كل جانب من الجوانب الاربعة لقوله عليه السلام حريم
العين خمسماية ذراع والذراع بكسر الذال وهي ست قبضات وهو ذراع العامة وانما وصف
بذلك لانها نقصت عن ذراع الملك وهو قبضة الاكاسرة بقبضة ويمنع غيره من حفره في حريمه
كيلا يؤدي الى تفويت حقه والاخلال به وهذا لان بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره

ان يتصرف في ملكه لا فيما وراءه فان حفر احد فيه اي في حريم الاولى ضمن النقصان
ويكبسه متبرعا ولو اراد اخذ التراب في فيه قيل يأخذه بكبسه لان ازالة جناية حفره
كما في الكفاية يلقيها في دار غيره فانه يؤخذ برفعها وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه
كما اذا هدم جدار غيره وهذا هو الصحيح ذكره في ادب القاضي للخصاف وذكر طريق معرفة النقصان
وهو ان يقوم الاولى قبل حفر الثانية وبعده فيضمن نقصان ما بينهما وان حفر فيما وراءه
فلا ضمان يعني وان حفر الثاني بئرا وراء حريم الاولى فذهب ماء البئر الاولى فلا شيء عليه
لانه غير متعد في حفرها وله حريم مما سوى الحريم الاول يعني للثاني حريم من الجوانب الثلاثة
دون الجانب الاول لسبق ملك الحافر الاول فيه وللقناة وهي مجرى الماء تحت الارض
بالفارسية كاريز حريم بقدر ما يصلحها اي ما يحتاج اليه لالقاء الطين ونحوه وقيل هذا عندهما
واما عنده فانه لا حريم لها ما لم يظهر ماؤها على الارض لانه نهر في التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر
وعند محمد هي اي القناة كالبئر في استحقاق الحريم وان ظهر ماؤها فهي كالعين اجماعا قالوا
وعند ظهور الماء على الارض هي بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمها بخمسمائة ذراع ولا حريم
لنهر في ارض الغير الا بحجة عنده وعندهما له مسناة بقدر نصف عرضه من كل
جانب عند ابي يوسف مسناة النهر هي التي يمشى عليها ويلقى عليها طينه قال القهستاني
والفتوى على قول ابي يوسف كما في الكرماني انتهى وبقدر عرضه عند محمد وهو الارفق ذكره في
شرح الطحاوي ولو ان نهرا لرجل وارضا على شاطئ النهر لآخر فتنازعا في المسناة فان
كان بين الارض وبين النهر حائل كالحائط ونحوه فالمسناة لصاحب النهر بالاجماع
وان لم يكن بينهما حائل قال ابو حنيفة هي لصاحب الارض ولصاحب النهر فيها حق
حتى ان صاحب الارض اذا اراد هدمها كان لصاحب النهر منعه من ذلك [illegible]
خلافا لهما وحكى في كشف الغوامض ان الاختلاف في نهر كبير لا يحتاج الى كريه في كل حين واما
الانهار التي تحتاج الى كريها كل وقت فلها حريم بالاتفاق هكذا ذكره في النهاية وظاهر كلام
صاحب الهداية ينافيه كذا في العناية وقوله فالمسناة مبتدأ خبره قوله الآتي لصاحب الارض
يعني فالمسناة الواقعة بين النهر والارض اي بين نهر رجل وارض الآخر وليست تلك
المسناة في يد احد يعني ليس لاحدهما عليها غرس او طين ملقى لصاحب الارض فلا غرس
فيها لصاحب النهر ولا يلقي طينه ولا يمر عليها عنده خلافا لهما لصاحبيه لهما ان
الحريم في يد صاحب النهر باستمساكه الماء به ولهذا لا يملك صاحب الارض نقضه
وله انه اشبه بالارض صورة ومعنى اما صورة فلاستوائهما كذا ذكره صاحب الهداية
وهو يشير الى ان الخلاف فيما اذا لم تكن المسناة مرتفعة على الارض واما اذا كانت المسناة
ارفع من الارض فهي لصاحب النهر لان الظاهر ان ارتفاعه لالقاء طينه واما معنى فمن جهة
للغرس والزراعة والظاهر شاهد لمن في يده ما هو اشبه كاثنين تنازعا في مصراع باب
ليس في يدهما والمصراع الآخر معلق على باب احدهما يقضي للذي في يده ما هو اشبه بالمتنازع فيه

والقضاء

والقضاء في موضع الخلاف وهو ههنا مسئلة من كان له نهر في ارض غيره قضاء ترك لا قضاء ملك فلو اقام
صاحب النهر البينة بعد هذا على ان المسناة ملكه تقبل بينته ولو كان قضاء ملك لما قبلت بينته لان المقضي عليه
في حادثة بقضاء ملك لا يصير مقضيا له فيها ثم انه لا نزاع فيما به استمساك الماء انما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس
على ان ما كان مستمسكا به ماء نهره فالآخر رافع به الماء عن ارضه والمانع من نقضه تعلق حق صاحب النهر لا ملكه
كالحائط لرجل وللآخر عليه جذوع لا يتمكن من نقضه وان كان ملكه هذا اذا لم يكن لاحدهما عليها يد فاما اذا كان لاحدهما
غرس او طين ملقى فصاحب الشغل اولى لانه صاحب يد ولو كان عليها غرس لا يدري من غرسه فهو من مواضع الخلاف
ايضا [illegible] وقيل له ان صاحب النهر المرور فيها والقاء الطين ما لم يفحش وقال المحققون
من مشايخنا للنهر حريم بقدر ما يحتاج اليه لالقاء الطين ونحوه بالاتفاق ذكره في الاختيار وهو الصحيح كما في التتمة كذا في
القهستاني وعندهما هي اي تلك المسناة لرب النهر وقدم وجههما فله اي لرب النهر ذلك المذكور من الغرس والقاء الطين
والمرور عليها قال الفقيه ابو جعفر اخذ بقول الامام في الغرس وبقولهما في القاء الطين كذا في الهداية والخوض على هذا الاختلاف
ومن غرس شجرة في ارض موات فله حريمها خمسة اذرع من كل جانب من الجوانب يمنع غيره من الغرس فيه اي في حريم
تلك الشجرة لانه يحتاج الى حريم له يجذ ثمره فيه ويضعه فيه وهو مقدر بخمسة اذرع من كل جانب لما روي ان رجلا غرس
شجرة في ارض فلاة فجاء آخر فاراد ان يغرس شجرة اخرى بجنب شجرته فشكا صاحب الشجرة الاولى الى النبي عليه السلام
فجعل له النبي عليه السلام من الحريم خمسة اذرع واطلق الآخر فيما وراء ذلك وهو حديث مشهور ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه
كذا في العناية وذكر في رواية سبعة اذرع واطلق للآخر فيما وراء ذلك قال في المحيط هذا حديث صحيح يجب العمل به كذا في القهستاني

فصل

لما فرغ من احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وقدم فصل المياه على
فصل الكرى لان المقصود هو الشفة في الشرب بالكسر هو النصيب من الماء اي الحظ المعين من الماء الجاري او الراكد للحيوان
او للجماد كذلك قال الله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم والشفة بفتحتين شرب بني آدم والبهائم الشفة
اصله شفهة اسقطت الهاء تخفيفا والمراد بها ههنا الشرب بالشفاه اعلم ان الاصل في ثبوت الشفة قوله عليه السلام الناس
شركاء في ثلاث في الماء والكلاء والنار فقوله عليه السلام شركاء للاباحة في الماء الذي لم يحرز كالحياض والعيون والآبار
والانهار قال صاحب الاختيار واما الكلاء ان كان في ارض مباحة فالناس فيه شركاء في الاحتشاش والرعي كاشتراكهم
في ماء البحر وان كان في ارض مملوكة وقد نبت بنفسه فهو كالنهر في ارضه لا يمنع عنه وله المنع من الدخول في ملكه وان لم يجد غيره
فعلى التفصيل الذي في الماء وان انبته في ارضه فهو مملوك له والكلاء ما انبسط على الارض ولا ساق له كالاذخر ونحوه
اما ما له ساق فهو شجر وهو ملك لصاحب الارض لانه عليه السلام انما اثبت الشركة في الكلاء لا في الشجر وقد ذكرنا تفصيل
الشركة في هذه الثلاثة في البيع الفاسد والانهار العظام كالفرات نهر كوفة ودجلة نهر بغداد وسيحون نهر الترك
وجيحون نهر خوارزم والنيل نهر مصر غير مملوكة لاحد ولهذا يثبت لكل احد فيها حق الشفة والوضوء ونصب الرحى
وكري النهر الى ارضه ان لم يضر بالعامة لانها مباحة في الاصل اذ قهر الماء فوق غيره وان كان يضر بالعامة فليس له
ذلك لان دفع الضرر عنهم واجب وذلك في ان يميل الماء الى هذا الجانب اذا انكسرت ضفته فتغرق القرى والاراضي
وفي الانهار المملوكة والحوض والبئر والقناة يثبت لكل احد حق الشفة ان لم يخف التخريب بكثرة المواشي وذلك بان
ينقطع الماء بشربها او الاتيان على جميع الماء بان كان جدولا صغيرا قيل لا يمنع منه لان الابل لا ترد في كل وقت
فصار كالمياومة وهو سبيل في قسمة الشرب وقيل له ان يمنع اعتبارا بسقي المزارع والمشاجر والجامع تفويت

حقه ذكر في المبسوط واكثرهم على ان له ان يمنع في مثل هذه الصورة لان الشفة مما لا يضر بصاحب النهر والبئر فاما ما يضر
ويقطع فله ان يمنع ذلك لا يسقي ارضه او شجره الا باذن مالكه نصا وله ان يمنع من ذلك لان الماء متى في قسمته
دخل بعينه وانقطعت شركته الشرب بالكلية لان في ابقائه قطع شرب صاحبه ولان المسيل حق صاحب النهر
والضيفة تعلق بها حقه فلا يمكنه التسييل فيه ولا شق الضيفة فان اذن له صاحبه في ذلك او اعاره فلا باس به
لانه حقه فيجري فيه الاباحة كالماء المحرز في اناء قوله اي لكل احد للاخذ من ماء الانهار المملوكة والحوض والبئر والقناة
للوضوء وغسل الثياب في الصحيح فان فيه اختلاف المشايخ فمنهم من قال لا ياخذ الماء منه للوضوء وغسل الثياب
لان الشركة ثبتت في حق الشفة لا غير ومنهم من قال ياخذ وهو الصحيح لان الامر بالوضوء والغسل في محل الماء يؤدي
الى الحرج وهو مدفوع وله سقي شجر وخضر في داره بالجرار في الاصح وعن بعض المتاخرين من ائمة بلخ انهم قالوا ليس له
ذلك الا باذن صاحب النهر عملا بظاهر الحديث وجه الاصح ان الناس يتوسعون فيه ويعدون المنع من الدناءة كذا في الهداية
وشروحها قال في فتاوى الحاكم رما يجري في نهر خاص لقرية فلغيرهم فيه شركة في الشفة وهو الشرب وسقي الدواب ولهم اخذ الماء
للوضوء وغسل الثياب والخبز والطبخ لا غير وان اتى على الماء كله روي انه وردت على ابي حنيفة مسائل من خراسان
فدفعها الى زفر ليكتب فيها منها رجل له نهر فكتب زفر ليس له ذلك فعرضها على ابي حنيفة فغلطه وقال لصاحب الابل
ذلك لقوله عليه السلام الناس شركاء في ثلاثة الحديث يشمل الشرب والشرب الا ان الشرب خص في النهر الخاص
دفعا للضرر عن اهله وبقي حق الشفة للضرورة اشارة الى اجتماد لانه لا يقدر على استصحاب الماء في كل مكان والبئر
والحوض في حكم النهر الخاص كذا في الاختيار واما مياه البحار فلكل واحد من الناس فيها حق الشفة وسقي الاراضي حتى ان من اراد
ان يكري منها نهرا الى ارضه لم يمنع من ذلك وما لا انتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع من الانتفاع به على اي وجه
كيف شاء ذكره في الهداية وما بالقصر احرز من الماء بجب او كوز ونحوه من الاواني لا يؤخذ الا برضا صاحبه قوله اي لصاحبه بيعه
لانه ملكه بالاحراز وانقطع حق غيره عنه كما في الصيد المأخوذ الا انه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو ما روينا من قوله
عليه السلام الناس شركاء في ثلاث الحديث فلو سرقه انسان في موضع يعز فيه وجود الماء وهو يساوي نصابا لم يقطع يده
لقيام شبهة الشركة فيه ولو كان البئر والعين والنهر في ملك احد فله منع من يريد الشفة من الدخول في ملكه ان كان يجد
غيره بقربه في ارض مباحة فان لم يجد يقال لصاحب النهر مثلا اما ان تعطيه الشفة او تتركه حتى ياخذ بنفسه بشرط ان لا يكسر
ضفته وهذا عند الطحاوي وقيل ما قاله صحيح فيما اذا احتفر في ارض مملوكة له اما اذا احتفرها في ارض موات فليس له ان يمنعه
لان الموات كان مشتركا والحفر لاحياء حق مشترك فلا يقطع الشركة في الشفة فان لم يفعل يعني لم يعط صاحب الارض ماء
وخيف العطش على طالب الشفة لنفسه او لمطيته قوتل صاحب الارض بالسلاح لما روي ان قوما وردوا ماء فسألوا
اهله ان يدلوهم على البئر فابوا فسألوا ان يعطوهم دلوا فذكروا ذلك لعمر رضه فقال فهلا وضعتم فيهم السلاح ولانه
منع المضطر عن حقه لان حقه ثابت في الشفة والماء في البئر مباح غير مملوك فرقي الماء المحرز بالاناء يقاتل بلا سلاح
لانه ملكه بالاحراز حتى كان له تضمينه الا انه مأمور بان يدفع اليه قدر حاجته فبالمنع خالف الامر فيؤدب بغير سلاح
كما في منع الطعام حال اصابة المخمصة في الاباحة والمقاتلة والضمان لما بينا **فصل** وكرى الانهار العظام
التي لا تدخل في المقاسم كسيحون وجيحون والنيل ودجلة والفرات واشباهها من بيت المال يعني كريها على
السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكري لعامة المسلمين فتكون مؤنته عليهم لان الغرم بالغنم
ويصرف اليه من مؤنة الخراج والجزية دون العشر والصدقات لان الثاني للفقراء والاول للنوائب فان لم يكن فيه

اى في بيت

اي في بيت المال شيء فعلى العامة يعني يجبر الامام الناس على كريها احياء لمصلحة العامة والامام نصب ناظرا وفي ترك
الكري ضرر عام وذلك لانهم لا يقيمونها بانفسهم وفي مثله قال عمر رضه لو تركتم لبعتم اولادكم الا انه يخرج الامام
للكري من كان يقدر على العمل ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم كما يفعل ذلك في تجهيز الجيوش
فانه يخرج من كان يطيق القتال ويجعل مؤنته على الاغنياء وكري ما ملك على اربابه يعني وكري النهر المملوك على اهله
فالنهر المملوك الذي دخل ماؤه تحت القسمة اما عام واما خاص والفرق بينهما ان ما يستحق به صاحبه الشفعة
فهو خاص وما لا يستحقها به فهو عام وكريهما على اهلهما لان المنفعة تعود اليهم على الخصوص لا على اهل الشفة لانها شركة
عامة ويجبر من ابى منهم على الكري ان ابى عنه دفعا للضرر العام بالضرر الخاص بل يغلب الضرر العام فيجعل ضررا ويجب السعر
في اعلامه ولو ارادوا ان يحصنوه خيفة الشق وفيه ضرر عام كغرق الاراضي وفساد الطرق يجبر الآبي والا فلا
لانه موهوم بخلاف الكري لانه معلوم واما في النهر الخاص من كل وجه فكريه على اهله لما عرفت ان الحق لهم والمنفعة تعود
اليهم على الخصوص ثم اعلم ان المشايخ اختلفوا في جبر الآبي فقيل يجبر كما في نهر مملوك دخل ماؤه في القسمة وهو خاص
وهو قول ابي بكر الاسكاف وقيل لا يجبر وهو قول ابي بكر بن ابي سعيد البلخي لان كل واحد من الضررين خاص ويمكن
دفعه عنهم بالرجوع على الآبي بما انفقوا فيه اذا كان بامر القاضي فاستوت الجهتان في الخصوص بخلاف الاجبار في نهر
مملوك دخل ماؤه في القسمة وهو خاص فان من ابى منهم يجبر عليه هناك لان احد الجهتين عام والاخرى خاص
فيجبر الآبي دفعا للضرر العام عن غيره قيل ان في كري النهر الخاص احياء حق الشفة للعامة فيكون في الترك ضرر
عام فينبغي ان يجبر الآبي على الكري دفعا للضرر عن اهل الشفة وهو قول بعض المتاخرين من مشايخنا وفي ظاهر الرواية
لا يجبر الآبي لحق اهل الشفة كما لو امتنع جميع اهل النهر عن كريه فانهم لا يجبرون على الكري لحق اهل الشفة ومؤنته اي مؤنة
كري ما ملك من النهر المشترك عليهم اي على اربابه من اعلاه واذا جاوز ارض رجل سقطت المؤنة عنه وليس لهم سقي ارضه
ما لم يفرغ شركاؤه نفيا لاختصاصه وقيل له ذلك لانتهاء الكري في حقه وعندهما هي اي المؤنة عليهم جميعا من اوله الى آخره
بحصص الشرب والاراضين لان لصاحب الاعلى حقا في الاسفل لاحتياجه الى تسييل ما فضل من الماء فيه لئلا يغرق ارضه
وله ان المقصود من الكري الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه نفع غيره حتى لو امكنه السقي بدون الكري
لا يجب عليه الكري وما ذكراه من الحاجة يندفع بسده من اعلاه وليس على صاحب المسيل عمارته كمن له على سطح غيره
مسيل ماء وتصح دعوى الشرب بلا ارض استحسانا قال في المبسوط ينبغي في القياس ان لا يقبل منه ذلك لان من شرط
الدعوى اعلام المدعى في الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا يقبل الاعلام وجه الاستحسان انه قد يملك بدون
الارض ارثا وقد يبيع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فتصح فيه الدعوى ومن كان له نهر يجري في ارض
غيره فاراد رب الارض منع الاجراء في ارضه فليس له ذلك اي المنع لانه مستعمل له باجراء مائه فعند الاختلاف
يكون القول قوله فان لم يكن في يده بان لم يكن مستعملا باجراء مائه فيه ولم يكن اشجاره في طرفي النهر ولم يكن
الماء جاريا فادعى انه له وقصد اجراءه لا تسمع دعواه بلا بينة انه له وانه كان له حق الاجراء يعني فعلى المدعي البينة
ان هذا النهر له ان كان يدعي رقبة النهر وانه قد كان له مجراه في هذا النهر يسوقه الى ارضه ليسقيها ان كان يدعي
الاجراء في هذا النهر فاذا اقامها يقضي له لاثباته بالحجة ملكا له في الاول او حقا مستحقا في الثاني فان الثابت بالبينة
العادلة كالثابت معاينة وعلى هذا المصب في نهر او على سطح والميزاب والممشى في دار الغير فحكم اختلاف المدعيين
في الامور المذكورة نظير الاختلاف في الشرب الا انه لا بد له ان يقول في الدعوى مصب ماء الوضوء والمطر او

غيره لمكان التفاوت وان اختصم جماعة فی شرب بینهم قسم الشرب علی قدر اراضیهم لان المقصود الانتفاع
بسقیها فتتقدر بقدرها بخلاف الطریق لان المقصود فیه التطرق وهو فی الدار الواسعة والضیقة سواء ولیس
الاعلی منهم سکر النهر بلا رضاهم یعنی اذا کان اهل اعلی النهر لا یشرب حتی یسد النهر لم یکن له ذلک بدون رضی
اهل الاسفل لما فی السکر من ابطال حق الباقین وهو منع الماء عنهم فی بعض المدة وان للوصل لم تشرب ارضه
بدونه ای بدون السکر لما قلنا ولکن یشرب بحصته من غیر سکر فان تراضوا علی ان یسکر الاعلی النهر حتی یشرب
بحصته او اصطلحوا علی ان یسکر کل رجل منهم فی نوبته جاز لان الحق لهم الا انه لیس لمن یسکر ان یسکر بما ینکبس به النهر
کالطین ونحوه اذا امکنه ان یسکر بلوح او باب خشب لکونه اضرارا بهم بمنع ما فضل عن السکر عنهم الا اذا تراضوا
بذلک فاذا لم یکن لواحد منهم الشرب الا بالسکر ولم یصطلحوا علی شیء یبداء اهل الاسفل حتی یرووا ثم بعد ذلک لاهل الاعلی
ان یسکروا لان فی السکر احداث شیء فی وسط النهر المشترک فلا یجوز ذلک بابقی حق جمیع الشرکاء وحق اهل الاسفل
ثابت ما لم یرووا فکان لهم ان یمنعوا اهل الاعلی من السکر وهذا معنی قول ابن مسعود رضه اهل اسفل النهر امراء
علی اهل اعلاه حتی یرووا لان لهم ان یمنعوا اهل الاعلی من السکر وعلیهم طاعتهم فی ذلک ومن لزمک طاعته فهو امیرک
کذا فی العنایة والحاصل ان اهل الاعلی ان ارادوا ان یحبسوا الماء من اهل الاسفل فان کان الماء کثیرا بحیث لو لم
یسکر یصل کل اهله الی حقه فی الشرب لیس لاهل الاعلی ولایة الحبس فان کان قلیلا لو ارسل لا یصل الی حقه
الا بالسکر فعلی وجهین ان کان بحال لو ارسل لا ینتفع به اهل الاسفل بان کان النهر ینشفه کان لاهل الاعلی
الحبس وان کان بحال لو ارسل الی الاسفل یمکنهم الانتفاع لا یکون لاهل الاعلی السکر بل یبداء اهل الاسفل
حتی یرووا ثم لاهل الاعلی ان یسکروا حتی یرتفع الماء الی اراضیهم کذا فی البزازیة والتاتارخانیة ولیس لواحد
منهم ان یشق منه نهرا او ینصب علیه رحی او دالیة وهو جذع طویل یرکب ترکیب مداق الارز وفی رأسه
مغرفة کبیرة یستقی بها او جسرا وهو اسم لما یوضع ویرفع مما یکون متخذا من الخشب والالواح والقنطرة مما یتخذ من
الحجر والآجر موضوعا لا یرفع بلا اذن البقیة لان فی ذلک کسر ضفة النهر وشغل موضع مشترک بالبناء فلا یملک الا برضاهم
سواء کان منهم او من غیرهم الا رحی فی ملکه بان کان موضعها فی ارض صاحبها لانه تصرف فی ملک نفسه ولا تضر
الرحی بالنهر بان کسر ضفته ولا تضر بمائه بان یتغیر عن سننه الذی یجری علیه والدالیة والسانیة نظیر الرحی والجسر
والقنطرة بمنزلة طریق خاص بین قوم بخلاف ما اذا کان لواحد نهر خاص یاخذ من نهر خاص بین قوم فاراد ان
یقنطر علیه ویستوثق منه له ذلک او کان مقنطرا مستوثقا فاراد ان ینقض ذلک ولا یزید ذلک فی اخذ الماء
حیث یکون له ذلک لانه یتصرف فی خالص ملکه وضعا ورفعا ولا ضرر بالشرکاء باخذ زیادة الماء ولا ان یوسع فم
النهر لانه یکسر ضفته ویزید علی مقدار حقه فی اخذ الماء ولا ان یقسم الا بالایام او مناصفة بینهما بان یقول الشریکه
اجعل لی نصف النهر ولک نصفه فاذا کان فی حصتی سددت ما بدا لی منها وانت فی حصتک فتحتها کلها فلیس له ذلک
بعد کون القسمة بینهما بالکوی بکسر الکاف الکوة روزن البیت والجمع کواء بالمد وکوی بالقصر فاستعیر للثقب
الذی یثقب فی الخشب لیجری الماء فیه الی المزارع والجداول ووجه المنع ان الانتفاع بالماء فی القسمة الاولی مستدام
وفی الثانیة فی بعض المدة وربما یصیر ذلک لصاحب السفل وکذا اذا کانت الالواح التی فیها الکوة فی فم النهر
فاراد ان یؤخرها عن ضفة النهر فیجعلها فی وسط النهر ویدع فوهة النهر بغیر لوح یمنع عن ذلک لاحتباس الماء فیه
فیزداد دخول الماء فیه بخلاف ما اذا اراد ان یسفل کواه او ضیقها من غیر اعتبار التسفل والترفع هو العادة فلم یکن

فيه تغيير

فیه تغییر موقع القسمة ولا ان یزید کوة وان للوصل لم یضر بالباقین ولا ان ینقص بعض کواه یعنی لو
کان لکل منهم احد کوا اسماه فی نهر خاص لیس لواحد ان یزید کوة ولو کان لا یضر باهله لان الشرکة خاصة
بخلاف ما اذا کانت الکوی فی النهر الاعظم لان لکل منهم ان یشق منه نهرا ابتداء فکان له ان یزید فی الکوی
بالطریق الاولی ولا ان یسوق شربه الی ارض اخری له لیس لها فی ذلک شرب لانه اذا تقادم العهد یستدل
به علی انه حقه وکذا اذا اراد ان یسوق شربه فی ارضه الاولی حتی ینتهی الی هذه الارض الاخری لانه یستوفی
زیادة علی حقه اذ الارض الاولی تنشف بعض الماء قبل ان یسقی الاخری وهو نظیر طریق مشترک اراد احدهم
ان یفتح فیه بابا الی دار اخری ساکنها غیر ساکن هذه الدار التی تفتحها فی هذا الطریق حتی لو کان من ساکن
الدار واحد کان له ان یفتح بابا الی دار اخری فان رضی البقیة بشیء من ذلک المذکور جاز لان الحق لهما ولهم
نقضه بعد الاجازة وکذا لورثتهم من بعدهم لان کل واحد منهم معیر لصاحبهم نصیبه من الشرب من النهر لتعذر
جعل ما تراضوا علیه مبادلة فان بیع الشرب واجارته له باطل واذا کانت عاریة فللمعیر ان یرجع متی شاء والشرب
یورث ویوصی بالانتفاع به بعینه بناء علی ان الورثة خلف المیت فیقومون مقامه فی املاکه وحقوقه وعدم
جواز بیعه وهبته وصدقته لا یستلزم عدم جواز ذلک الا یری ان القصاص والدین والخمر یملک بالارث وان لم
یملک بالبیع ونحوه والوصیة اخت المیراث وجهالة الموصی به لا یمنع الوصیة لان الوصیة اوسع العقود حتی جاز
للمعدوم وبالمعدوم ولا یباع ولا یوهب ولا یوجر ولا یتصدق بها اما للجهالة او للغرر ولانه لیس بمال متقوم
حتی لا یضمن ان سقی من شرب غیره ولا یجعل مهرا اسمی فی النکاح حتی یجب مهر المثل ولا بدلا فی الخلع حتی یجب رد ما قبضت من الصداق
لتفاحش الجهالة ولا بدل الصلح عن الدعوی لانه لا یملک بشیء من العقود ولا الصلح بدلا فی القصاص ویسقط القصاص
ویجب الدیة ذکره فی الاختیار ولا یباع الشرب فی دین صاحبه بعد موته بدون ارضه کما فی حال حیوته وکیف یصنع
الامام الاصح ان یضم الی الارض لا شرب لها فیبیعها باذن صاحبها ثم ینظر الی قیمة الارض مع الشرب وبدونه
فیصرف التفاوت الی قضاء الدین وان لم یجد ذلک اشتری علی ترکة المیت ارضا بغیر شرب ثم ضم الشرب
الیها وباعهما فیؤدی من الثمن الی ثمن الارض فیصرف الفاضل الی قضاء الدین ذکره فی الهدایة ولا یضمن من ملاء
ارضه فنزت ارض جاره من هذا الماء او غرقت منه لانه غیر متعد فیه کذا فی الهدایة قال الفقیه ابو جعفر تاویله اذا
سقی سقیا یسقی مثله فی العادة وحکی عن الشیخ اسمعیل الزاهد انه کان یقول انما لا یضمن اذا سقی ما یسقی مثله
اذا کان محقا بان سقاه فی نوبته ومقدار حقه اما اذا لم یکن کذلک یضمن کذا فی الخبازی وذکر فی التتمة انه اذا سقی
سقیا غیر معتاد فتعدی ضمن وعلیه الفتوی ذکره القهستانی ولا یضمن من سقی ارضه من شرب غیره فی راویة
الاصل وفی روایة اخری یضمن وهو مختار فخر الاسلام ذکره فی الکافی قال الامام البزدوی رجل اتلف شرب انسان
بان سقی ارضه بشرب غیره ضمن وتفسیر ضمان الشرب علی ما ذکره الامام السرخسی فی المبسوط ان ینظر بکم یشتری لو کان
بیعه جائزا وقال الامام المعروف بخواهرزاده لا یضمن وعلیه الفتوی کذا فی الخلاصة والتتمة وذکر الزاهدی من سقی من شرب غیره
یرفع الی السلطان لیؤدبه بالضرب والحبس وفی التتمة ان الماء وقع فی کرم زاهد من غیر نوبته امر بقلعه وعن بعضهم
انه خرج منه التراب المبلول وقال الفقیه لا آمر به ولو تصدق بثمره لکان حسنا وهذا افضل لبقاء الماء الحرام فیه
بخلاف العلف المغصوب فان الدابة اذا سمنت به انعدم وصار شیئا آخر کذا فی القهستانی

كتاب الاشربة

ذکر الاشربة بعد الشرب لانهما شعبتا عرق واحد لفظا ومعنی وقدم الشرب لمناسبته لاحیاء الموات

ومن محاسنه بيان حرمتها اذ اشتبه في جنس تحريم ما يزيل العقل الذي هو ملاك معرفة الله تعالى وشكر انعامه فان
قيل ما بال الشيء الذي يزيل العقل حل للامم السالفة مع احتياجهم الى العقل اجيب بان السكر حرام في جميع الاديان
وحرم شراب القليل علينا من الخمر كرامة لنا من الله لئلا نقع في المحظور ونحن مشهود لنا بالخيرية فان قلت هلا حرمت للابتداء
والداعي المذكور موجود اجيب اما بان الشهادة بالخيرية لم تكن اذ ذاك واما للتدريج الضاري لئلا ينفروا من الاسلام
كذا في العناية وهي جمع شراب وهو في اللغة اسم لكل ما يشرب من المايعات ولا يأتي فيه المضغ حلالا كان او حراما
وفي اصطلاح الفقهاء اسم لكل ما حرم شربه وكان مسكرا وسمي هذا الكتاب بالاشربة لما فيه من بيان حكمها انواعها تحريم الخمر
بما في القرآن من الدلائل العشرة سلكها في عداد الاوثان والتسمية بالرجس والكون من عمل الشيطان
والامر بالاجتناب وتعليق الفلاح به وايقاع العداوة وايقاع البغضاء والصد عن ذكر الله والصد عن الصلوة
والنهي بصيغة الاستفهام الموحي بالتهديد الشديد ولذلك سميت بالاثم وبالخمر لانها ماخوذة من الخمرة بالضم وهي
مادة العجين واصله وهي ام الخبائث بالنص في المبسوط قال عليه السلام اذا وضع الرجل قدحا من خمر على يديه
لعنه ملائكة السموات والارض فان شربها لم تقبل صلوته اربعين ليلة وان داوم عليها فهو كعابد الوثن
وهي اي الخمر فانها من المؤنثات السماعية الواجبة التأنيث النيء بكسر النون وسكون الياء والهمزة ويجوز التشديد
على القلب والادغام اي غير النضيج كما في المغرب فالنضيج ليس بخمر فلو طبخت لم يبق خمرا وفيه خلاف كما اشير اليه في الهداية
فمن قال انه لم يبق خمرا لم يحد بالكل الا اذا اسكر ومن قال انه بقي خمرا فقد انعكس الحكم عنده واليه ذهب الامام السرخسي
وعليه الفتوى كما في تتمة الفتاوى كذا في القهستاني من ماء العنب احتراز عن ماء غير العنب اذا غلى اي ارتفع اسفله
واشتد اي قوي وصلح للاسكار قال صاحب الهداية وهذا عندنا وهو المعروف عند اهل اللغة واهل العلم وقال
بعض الناس قيل يريد بها الكاوات في الخمر اسم لكل مسكر لقوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام الخمر من
هاتين الشجرتين واشار الى الكرم والنخل ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر ولنا انه اسم خاص
باطباق اهل اللغة فيما ذكرناه ولهذا اشتهر استعماله فيه وفي غيره غيره كالمثلث والطلاء والباذق والمنصف
ولان حرمة الخمر قطعية لان حرمتها ثابتة بالاجماع وكون النيء من ماء العنب خمرا قطعي بلا خلاف فيثبت به بخلاف
غيره فان فيه اختلافا بين العلماء وادنى درجات الاختلاف ايراث الشبهة وانما سمي غير النيء من ماء العنب
خمرا التخمره اي لصيرورته مرا كالخمر لا لمخامرة العقل ولو سلم انها لمخامرته ولكن وضعها شخصي لا نوعي كالنجم فانه اسم
خاص بالكوكب المخصوص لا لكل ما ظهر وان كان التسمية باعتبار معنى الظهور وكالقارورة مشتق من القرار
ولا تستعمل في الكوز وان وجد فيها القرار ونظائره كثيرة ثم الحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين وكان اماما حافظا
متقنا حتى قال احمد بن حنبل رحمه كل حديث لا يعرفه يحيى بن معين فليس بحديث والحديث الثاني لبيان الحكم
يعني اذا اسكر كثيره كان حكمه في الاسكار حكم الخمر في الحرمة وثبوت الحد اذ هو اللائق بمنصب الرسالة لكونه عليه السلام
مبعوثا لبيان الشرائع لا لبيان الحقائق والقذف بالزبد بالتحريك اي رميه بحيث لا يبقى فيه شيء من الزبد
فيصفو ويرق شرط عند الامام خلافا لهما فعندهما اذا اشتد صار خمرا ولا يشترط القذف بالزبد لان الاسم
الشرعي يثبت به وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد وله ان الغليان بداية الشدة وكمالها
بقذف الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافي من الكدر واحكام الشرع قطعية فيناط بالنهاية كالحد واكفار المستحل
وحرمة البيع وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا وفي الحد يؤخذ بقذف الزبد احتياطا ايضا

ويحرم

ويحرم الطلاء بالكسر والمد وهو اسم ما طبخ منه اي من ماء العنب فذهب اقل من ثلثيه وقيل ان ذهب ثلثه فهو طلاء فان
ذهب نصفه يسمى منصفا وان طبخ اي ماء العنب ادنى طبخة يسمى باذقا بكسر الذال وفتحها اذا غلا واشتد ويحرم
السكر بفتحتين وهو النيء من ماء الرطب اذا غلا واشتد ويحرم نقيع الزبيب وهو العنب اليابس اذا غلا واشتد
واشترط
قذف الزبد فيهن اي في هذه المذكورات بعد الخمر من الاشربة على ما في الخمر من الخلاف المذكور بين الامام وصاحبيه
والكل حرام عندنا وقال الاوزاعي ان المنصف مباح وهو قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب وليس
بخمر وقال شريك بن عبد الله السكر مباح ولنا ان الكل حرام لانه رقيق ملذ مطرب ولهذا يجتمع الفساق عليه فيحرم
شربه دفعا لما يتعلق به من الفساد ولكن حرمتها اي المذكورات سوى الخمر دون حرمة الخمر فنجاسة الخمر غليظة كالبول
لثبوتها بالدلائل القطعية ذكره في الهداية فاذا اصابت الثوب اكثر من قدر الدرهم منعت الصلوة واذا صبت
في ظرف يتنجس الظرف وان اخرجت من الظرف يغسل الظرف ثلاثا ويجفف في كل مرة فيطهر ان كان
الظرف عتيقا وان كان جديدا صب فيه الخمر اختلفوا فيه قال ابو يوسف يغسل ثلاثا ويجفف في كل مرة
وقال محمد لا يطهر ابدا وقال بعض المشايخ على قول ابي يوسف ان لم يجفف في كل مرة لكن ملأه من الماء مرة
بعد اخرى فما دام الماء يخرج منه متغير اللون لا يطهر واذا اخرج الماء غير متغير اللون يحكم بطهارته وعليه الفتوى وان لم
يغسل الظرف وبقي الخمر فيه حتى صار خلا لم يذكر محمد في الكتاب حكم الظرف وحكي عن الحاكم ابي نصر انه قال ما يوازي
الاناء من الخل يطهر اما على الجنب الذي انتقص من الخمر قبل ان يصير خمرا لا يكون نجسا فيغسل اعلاه بالخل حتى يطهر
الكل وان لم يفعل كذلك حتى صب العصير فيه وملأه يتنجس العصير ولا يحل شربه لانه عصير خالطه خمر وحكي عن الفقيه ابي
جعفر قال اذا صار ما فيه من الخمر خلا يطهر الظرف كله ولا يحتاج الى هذا التكلف وبه اخذ الفقيه ابو الليث واختاره
الصدر الشهيد وعليه الفتوى لان بخار الخل يرتفع الى اعلى الظرف فيطهر كله كذا في قاضي خان ونجاسة
هذه الاشربة المذكورة سوى الخمر مختلف في غلظها وخفتها وقدر ان ادنى درجات الاختلاف ايراث
الشبهة ولا يكفر مستحل الخمر لانكاره الدليل القطعي دون هذه الاشربة ويحد بشرب قطرة من الخمر يدعوالي
كثيرها قال في المبسوط ما من طعام او شراب الا ولذته في الابتداء ولا يزيد على اللذة في الانتهاء الا الخمر فان
اللذة لشاربها يزداد بالاستكثار منها ويجوز بيع هذه الاشربة سوى الخمر والمراد بالجواز ما يترتب عليه الثمرات
المطلوبة لا ما يقابل الحرمة وضمن متلفها عنده خلافا لهما لانها مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط
تقومها بخلاف الخمر غير ان عنده ينبغي ان يؤدي قيمتها لا مثلها لانا لو اوجبنا المثل لكان مأمورا باتيان فعل
مكروه وهو تسليم الحرام وهذا لا يليق بالمسلم ومع هذا لو ادى المثل خرج عن العهدة وفي الخمر عدم جواز البيع
وعدم الضمان اجماعي قال عليه السلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها ولان الله تعالى لما نجسها فقد اهانها فسقط
تقومها في حق المسلم اذ التقوم يشعر بعزتها واختلفوا في سقوط ماليتها والاصح انه مال لان الطباع يميل
اليها ويضن بها ذكره في الهداية واختلفوا في اباحة اتلافها فقيل يباح وقيل لا يباح الا لغرض صحيح بان كانت
عند شرير يخيف عليه الشرب واما اذا كانت عند صالح فلا يباح لانه يخللها ولو طبخ الخمر او غيرها من الاشربة بعد
الاشتداد لا تحل وان للوصل ذهب الثلثان منه لان الطبخ للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها لكن
قيل لا يحد شارب المطبوخ ما لم يسكر منه قال شيخ الاسلام خواهر زاده لم يذكر
محمد انه اذا شرب بعد الطبخ ولم يسكر هل يجب عليه الحد ثم قال ويجب ان لا يجب عليه الحد لانه ليس بخمر لغة

وهو النئ من ماء العنب وهذا ليس بشئ ويحل نبيذ التمر ونبيذ الزبيب اذا طبخ ادنى طبخة وان اشتد مالم يسكر يعنى اذا شرب منه ما يغلب على ظنه انه لا يسكر منه من غير لهو ولا طرب هذا عند ابى حنيفة
وابى يوسف وعند محمد والشافعى هو حرام والكلام فيه كالكلام فى المثلث العنبى كما سياتى وكذا نبيذ العسل
والتين والحنطة والشعير والذرة والخليطين ماء التمر والزبيب اذا خلطا فيطبخ بعد ذلك ادنى طبخة ويترك
الى ان يغلى ويشتد كذا فى العناية طبخت هذه المذكورات من نبيذ العسل الخ او لا تطبخ وهذا ايضا عند ابى
حنيفة وابى يوسف اذا شربت من غير لهو وطرب لما روينا من قوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين واشار
الى الكرمة والنخلة خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم ثم قيل يشترط الطبخ فيها لاباحته وقيل لا يشترط لان قليله لا يدعو
الى كثيره كيف ما كان وكذا المثلث وهو عصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وان اشتد ولا يحد فى الحد بالسكر منها
اى من هذه الاشربة المتخذة من الحبوب ونحوها فى رواية لا يحد وهو قول الفقيه ابى جعفر لما مر ان قليلها لا يدعو الى كثيرها
او لان هذه الانبذة ليست بمتخذة مما هو اصل الخمر فقالوا الاصح من الرواية وجوب الحد فانه روى عن محمد فيمن سكر من الاشربة
انه يحد من غير تفصيل وهذا لان الفساق يجتمعون عليه فى زماننا اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك كذا فى الزيلعى
والاختيار وغيرهما ووقوع طلاق من سكر منها تابع للحرمة قال قاضيخان فاما السكران من الشراب المتخذ من العسل
والثمار والحبوب اختلف المشايخ فيه فهو كاختلافهم فى وجوب الحد من قال بوجوب الحد بالسكر من هذه الاشربة
يقول ينفذ تصرفاته ليكون زجرا له ومن قال لا يجب الحد بالسكر من هذه الاشربة وهو الفقيه ابو جعفر وشمس
الائمة السرخسى يقول لا ينفذ تصرفاته لان نفاذ التصرف كان للزجر فاذا لم يجب الحد عندهما زجرا لا ينفذ تصرفاته
انتهى والكل منها اى الاشربة المذكورة حرام عند محمد ومالك والشافعى لهم قوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام
ما اسكر كثيره فقليله حرام وروى عنه عليه السلام ما اسكر الجرة منه فالجرعة منه حرام ولان المفسد يفسد العقل
فيكون حراما قليله وكثيره كالخمر ولابى حنيفة وابى يوسف قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها ويروى بعينها قليلها
وكثيرها والسكر من كل شراب خص السكر بالتحريم فى غير الخمر اذ العطف للمغايرة ولان المفسد للعقل هو القدح
الاخير وهو حرام عندنا لا ما قبله وانما يحرم القليل من الخمر لما انها لرقتها ولطافتها يدعو الى الكثير فاعطى القليل
حكم الكثير والمثلث ليس كذلك لغلظه وهو فى نفسه غذاء فيبقى على الاباحة والحديث الاول غير ثابت لما بينا
من طعن يحيى بن معين ولئن سلمنا ثبوته فهو محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة كذا الهداية قال فى
حاشية الاكمل للسعدى ولم يتعرض للحديثين الاخيرين وكانه اكتفى بمعارضة ما رواه لهما انتهى وقال صاحب الاختيار
وما رواه من الحديث طعن يحيى بن معين ذكره عبد الغنى المقدسى فى كتابه انتهى وروى عن ابراهيم النخعى انه يرويه
الناس كل مسكر حرام خطاء لم يثبت انما الثابت كل سكر حرام وكذا ما يرويه الناس ما اسكر كثيره فقليله حرام
ليس بثابت وابراهيم بصير فى الحديث كذا فى قاضيخان وبه اى بما عند محمد من الحرمة والحد يفتى كذا فى
الزيلعى والكفاية وغيرهما من المعتبرات والخلاف انما هو عند قصد التقوى فى الليالى على القيام او فى الايام على
الصيام او على القتال لاعلاء الاسلام او التداوى لدفع الالام او قصد به استمراء الطعام فهذا المذكور محل
الخلاف عند علمائنا الاعلام اما عند قصد التلهى او التطرب وهو الخفة توجد لشدة السرور فحرام اجماعا سئل ابو
حفص الكبير عنه فقال لا يحل شربه فقيل خالفت الشيخين فقال لا انهما يحلان لاستمراء الطعام والتقوى على عبادة
والناس فى زماننا يشربون للفجور والتلهى وشربه للهو لا يحل اتفاقا **فرع** والذى يصب عليه الماء بعد ما ذهب

ولو النخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا قيل لا يحل عند ابى حنيفة ... انه يحل لان كراهته لحمها كانى باقية ... ما ته للجهاد وللحرمة فلا يتعدى الى لبنه صح

ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة حكمه حكم المثلث لان صب الماء لا يزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير
ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل لان الماء يذهب اولا للطافته او يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثى ماء العنب يقينا
فعلى تقدير يحرم شربه احتياطا لانه اذا ذهب الماء اولا كان الذاهب اقل من ثلثى العصير فهو حرام عندنا وهو الباذق
ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفى بادنى طبخة فى رواية الحسن عن ابى حنيفة وانكره المتقدمون من مشايخنا فقد روى
الحسن ابن ابى مالك عن ابى يوسف قال سمعت ابا حنيفة يقول انه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهو الاصح لان
العصير قائم فيه من غير تغير فصار الطبخ قبل العصر كالطبخ بعده فى انه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه ولو طبخ الخمر او غيره بعد الاشتداد
حتى يذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ وخل الخمر حلال عندنا ولو خللت بعلاج وقال الشافعى
ان كان التخليل بالقاء شئ فيها كالملح وغيره فهو حلال قولا واحدا وان كان بالنقل من الظل الى الشمس وعكسه فله قولان
له ان فى التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول والامر بالاجتناب ينافيه وقال فى الفرق ما القى فى الخمر يتنجس بملاقاته
الخمر والنجس لا يفيد الطهارة لغيره وليس فيما اذا تخللت بنفسها شئ من ذلك ولنا قوله عليه السلام نعم الادام الخل
وهو يتناول المخلل والمتخلل لا محالة ولان الاقتراب منها على جهة التمول بل المنظور اليه اعدام الفساد وذلك
بالاراقة جائز فبالتخليل اولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا فى المال فاذا صار الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الاناء واما اعلاه وهو
الذى نقص منه الخمر قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه خمر يابس الا اذا غسل بالخل فيتخلل من ساعته فيطهر وكذا اذا صب منه الخمر
ثم ملئ خلا يطهر فى الحال على ما قالوا ولا باس بالانتباذ وهو اتخاذ نبيذ التمر والذرة ونحوه بان يلقى فى الدباء بالمد وهو القرع والحنتم
بفتح الحاء المهملة والتاء وسكون نون قبلها جرة خضراء او حمراء يحمل فيها الخمر الى المدينة والمزفت نبيذ التمر والذرة ونحوه
بان يلقى بالزفت وهو القير والنقير وهو ظرف يكون من الخشبة المنقورة لقوله عليه السلام كنت نهيتكم عن الانتباذ فى الدباء
والحنتم والمزفت والنقير الا فانتبذوا فيها واشربوا فى كل ظرف فان الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر وقال
ذلك بعد ما اخبر عن النهى عن شرب الخمر فكان ناسخا له وانما ينتبذ فيها بعد تطهيرها عن الخمر وقد ذكرنا كيفية التطهير وقال الشيخ
فى مبسوطه انما كان نهى عن هذه الاوعية على الخصوص لان الانبذة تشتد فى هذه الظروف اكثر مما يشتد فى غيرها يعنى
فصاحبها على خطر من الوقوع فى شرب المحرم ويكره شرب دردى الخمر ودردى الخمر وغيرها ما يبقى فى اسفله والامتشاط به
يعنى يحرم شرب دردى الخمر والانتفاع به وانما خص الامتشاط لان له تاثيرا فى تحسين الشعر وذلك لان فيه اجزاء الخمر
ولا يحد شاربه اى الدردى بلا سكر وقال الشافعى يحد بلا انه شرب جزءا من الخمر ولنا ان قليله لا يدعو الى كثيره لما فى
الطباع من النبوة عنه فكان ناقصا فاشبه غير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر ولا يجوز الانتفاع بالخمر لان الانتفاع
بالمحرم حرام ولهذا لا يجوز ان يداوى بها جرح ولا دبر دابة ولا يسقى للتداوى آدميا ولو صبيا ولو سقى فالوبال على
من سقاه ولا تسقى الدواب وقيل تسقى الدواب لكن لا يحمل الخمر اليها اى الدواب فان قيدت الدواب الى الخمر
فلا باس به لان فى حمل الخمر الى الدابة اعزازا للخمر وزيادة اقتراب بها من غير ضرورة كما فى الكلب مع الميتة لا يحمل الميتة
الى الكلب ولكن يقاد الكلب اليها ولا باس بالقاء الدردى فى الخل لانه يصير خلا لكن يباح ان يحمل الخل اليها اى الى الدردى
دون عكسه لما قلنا فى الكلب مع الميتة **فرع** ويكره الاحتقان بالخمر واقطارها فى الاحليل لانه انتفاع بالمحرم ولا يجب
الحد لعدم الشرب وهو السبب ولو جعل الخمر فى مرقة لا تؤكل لتنجسها بها ولا حد ما لم يسكر منه لانه اصابه الطبخ ويكره
اكل خبز عجينه بالخمر لقيام اجزاء الخمر فيه كذا فى الهداية

كتاب الصيد

وجه مناسبته للاشربة من حيث
ان كل واحد منهما يورث السرور الا انه قدم الاشربة لحرمتها اعتناء بالاحتراز عنها وتحاسنه محاسن المكاسب

وسببه تختلف باختلاف حال الصائد فقد يكون الحاجة اليه وقد يكون لطلب تجارة وقد يكون اظهار الجلادة وقد يكون اظهار الجلادة وقد يكون التنزه وحكمه الملك عند الاخذ قال عليه السلام الصيد لمن اخذ والاخذ نوعان حقيقي وحكمي فالحقيقي ظاهر والحكمي باستعمال ما هو موضوع للاصطياد قصد به الاصطياد او لم يقصد حتى ان من نصب شبكة فتعلق بها صيد ملكه صاحب الشبكة قصد بنصب الشبكة الاصطياد او لم يقصد لان صاحب الشبكة صار اخذا للصيد بالشبكة من حيث الاعتبار لان الشبكة انما تنصب لاجل الصيد حتى لو نصبها للتجفيف فتعلق بها صيد لا يملكه لانه لم يصر آخذا لها بالشبكة اعتبارا لما نصبها لغرض آخر او باستعمال ما ليس بموضوع للاصطياد فانه قصد به الاصطياد حتى ان من نصب فسطاطا وتعلق به صيد ان قصد بنصب الفسطاط الصيد ملكه وان لم يقصد به الصيد لا يملكه كذا في المحيط وهو لغة مصدر بمعنى الاصطياد وينطلق على ما يصاد وقد مر تعريفه شرعا في كتاب الحج وهو اى الصيد بالمعنى المصدري جائز اى مباح عند استجماع شروطه التي تأتى اثناء الكلام بعضها شرطي الصائد وبعضها في الآلة وبعضها في الصيد واعلم الصيد حلال مشروع بالكتاب والسنة والمعقول اما الكتاب فقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا وقوله تعالى احل لكم صيد البحر واما السنة فقوله عليه السلام لعدي بن حاتم الطائي اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وان اكل منه فلا تأكل لانه انما امسك على نفسه وان شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك ذكره بير وخلاف في اباحته فكان اجماعا ولانه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استبقاء المكلف وتمكنه من اقامة التكاليف فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب كذا في الهداية وشروحها قال ابن نجيم في الاشباه وهو مباح الا للتلهي او حرفة كذا في البزازية وعلى هذا فاتخاذه حرفة كصياد السمك حرام انتهى بالجوارح اى الكواسب قال تعالى ام حسب الذين اجترحوا السيئات اى اكتسبوها المعلمة قال في الجامع الصغير كل شيء علمته من ذي ناب من السباع او ذي مخلب من الطيور فلا بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا ان تدرك ذكوته والاصل في ذلك قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين فان قوله وما علمتم من الجوارح شرط وجوابه فكلوا مما امسكن عليكم وقوله مكلبين بمعنى مسلطين فيتناول بعمومه كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطيور كالكلب والفهد والنمر والعقاب والصقر والبازي والشاهين وغيرها ولكن لما كان التأديب غالبا في الكلاب اشتق من لفظه ودل عليه ما روينا من حديث عدي بن حاتم فان اسم الكلب يقع في اللغة على كل سبع حتى الاسد وعن ابي يوسف انه استثنى من ذلك الاسد والذئب لانهما لا يعملان لغيرهما الاسد لعلو همته والذئب لخساسته والحق بهما بعضهم الحداءة لخساسته والخنزير مستثنى لانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به ثم لا بد من التعليم لان ما تلونا من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به ورد وبالارسال ولانه انما يصير آلة بالتعليم ليكون عاملا للصائد فيترسل بارساله ويمسكه عليه كذا في الهداية وشروحها والمحدد من سهم وغيره لما يؤكل لا لكله بل لا يؤكل لجلده وشعره ولا بد فيه من الجرح في ظاهر الرواية قال في الزيادات لو قتل الكلب او البازي الصيد من غير جرح لا يحل واشار في الاصل الى انه يحل والفتوى على ظاهر الرواية ليتحقق الزكوة الاضطرارية وهو الجرح في اى موضع كان من البدن بانتساب ما وجد من الآلة اليه بالاستعمال كذا في العناية فلو خنق او جثم اى جلس على صدره حتى قتل لم يحل قيل هذا عند محمد واما عندهما فيحل والفتوى على الاول كما في الذخيرة ويستثنى منه البازي والصقر فانهما لو قتلاه جثما او خنقا حل بالاتفاق كما في النظم كذا في القهستاني ولا بد ايضا من كون المرسل او الرامي مسلما او كتابيا فلا يؤكل صيد المجوسي والوثني والمرتد والمجنون والصبي

الذرلا

الذي لا يعقل لانهم ليسوا من اهل الزكوة ولا بد منها في اباحة الصيد بخلاف النصراني او اليهودي لانه من اهل الزكوة اختيارا فكذا اضطرارا لكن لو ارسل النصراني او رمى وسمى باسم المسيح لم يؤكل ولا بأس بصيد الاخرس المسلم كذا في المحيط وعن ابي يوسف ثالث فيه لا يشترط الجرح ذكره قاضي خان وان لا يترك التسمية عمدا عند الارسال او الرمي لما روينا من حديث عدي بن حاتم فان فيه دليلا على شرطية التسمية لحل اكل الصيد ولان الكلب والبازي آلة والذبح لا يحصل بمجرد الآلة الا بالاستعمال وذلك فيهما بالارسال فنزل منزلة الرمي وامرار السكين فلا بد من التسمية عنده ولو تركه ناسيا حل وكون الصيد ممتنعا اى قادرا على الامتناع بقوائمه او جناحيه متوحشا فالذي وقع في الشبكة او سقط في البئر او استأنس لا يتحقق فيه الحكم المذكور وذلك لان الصيد اسم للممتنع ولان الجرح انما جعل ذكوة ضرورة العجز عن الزكوة الاختيارية والعجز انما يتحقق في الممتنع حتى لو رمى ظبيا مربوطا وهو يظن انه صيد فاصاب ظبيا آخر لم يؤكل لان المربوط لم يبق صيدا فلو رمى بعيرا نادا فاصاب صيدا آخر اكل لانه لما ند صار صيدا ذكره في الاختيار وان لا يقعد عن الطلب بعد التواري عن بصره وسيأتي تحقيقه وان لا يشارك المعلم غير المعلم والمعلم لكنه غير مرسل احدا فلا بد من الارسال لتصير الآلة نائبا عن الآدمي في الذبح كذا في قاضي خان وقال صاحب المحيط والارسال شرط عندنا في الكلب والبازي حتى ان الكلب المعلم اذا انفلت من صاحبه فاخذ صيدا او قتله لا يؤكل انتهى او مرسل من لا يحل ارساله فلو ارسل كلبه المعلم الى صيد فيشاركه في قتل الصيد كلب آخر غير معلم يريد به ان يأخذ معه ويجرح معه فانه لا يؤكل لانه اجتمع في الصيد المبيح والمحرم والاحتراز عنه ممكن فترجح جانب الحرمة احتياطا وان رد الصيد عليه ولم يجرح هو معه اورده عليه سبع فجرحه الكلب المعلم ومات من جرحه ذكر محمد في الاصل انه يكره اكله قال شيخ الاسلام رحمه لم يرد بهذه الكراهة التحريم وقال شمس الائمة الحلواني اراد بها التحريم وهو الصحيح كذا في المحيط وان لم يطول وقفته بعد الارسال لانه اذا طال وقفته بعده لا يكون الاصطياد مضافا الى الارسال فلا يوجد منه بعد الارسال بول ولا اكل خبز حتى اذا وجد ذلك منه لا يؤكل الصيد لغير كمان الصيد فاذا كمن الفهد في ارساله حتى استمكن من الصيد ثم وثب عليه وقتله حل اكله وكذا الكلب وسيأتي ذلك في المتن واذا ارسل بازيه المعلم فوقع على شيء ثم تبع الصيد فاخذه وقتله لا بأس باكله وتأويله اذا مكث ساعة للكمين حتى لا ينقطع به فور الارسال كذا في المحيط ويجوز اى الاصطياد بكل جارح علم من ذي ناب من السباع او ذي مخلب من الطيور ويثبت التعلم بغالب الراي او بالرجوع الى اهل الخبرة على ما ذكر في الاصل انه لا يثبت التعلم ما لم يغلب على ظن الصائد انه معلم ولا يقدر بالثلاث لان المقادير لا تعرف اجتهادا بل نصا وسماعا ولا سمع فيفوض الى رأى المبتلى به كما هو اصله في جنسها نحو حبس الغريم وحد التقادم وتقدير ما غلب في نزح المعينة او الى اهل العلم من الصيادين فاذا قالوا صار معلما فهو معلم وعندهما وهو رواية عن الامام ابي حنيفة رح الا انه على رواية الحسن يؤكل الصيد الثالث وعلى قولهما لا يؤكل الثالث وانما يؤكل الرابع يثبت التعلم في ذي الناب بترك الاكل ثلاثا وفي ذي المخلب بالاجابة اذا دعي بعد الارسال وهذا ماثور عن ابن عباس رضي الله عنه ولان التعلم بترك العادة الاصلية وعادة ذي الناب الافتراس والاكل فاذا ترك الاكل فقد ترك عادته فصار معلما وعادة ذي المخلب النفار فاذا اجاب اذا دعي فقد ترك عادته فصار معلما ولان التعليم بترك الاكل انما يكون بالضرب حالة الاكل وجثة الطير لا تحتمل الضرب اما الكلب فيحتمل فامكن تعليمه بالضرب على ذلك والفهد ونحوه يحتمل الضرب وعادته الافتراس والنفار فيشترط فيه ترك الاكل والاجابة جميعا كذا في الاختيار وشرط ترك الاكل

ثلاثاً لان فيما دونه احتمال كونه غير معلم لانه يحتمل تركه مرة او مرتين للشبع او خوف فاذا تركه ثلاثاً دل على انه
صار عادة له وبهذا لان الثلاث مدة ضربت للاختبار وابلاء الاعذار كما في مدة الخيار وقد ورد في بعض قصص
الاخبار قال خضر معلم موسى عليه السلام في الكرة الثالثة هذا فراق بيني وبينك وقال عليه السلام اذا استأذن
احدكم ثلاثاً فلم يؤذن له فليرجع وقال عمر رضه اذا لم يربح احدكم في التجارة ثلاث مرات فليتحول الى غيره ولان الكثير
هو الذي يقع امارة على العلم دون القليل والجمع هو الكثير وادناه الثلاث فقدر بها فلو اكل منه البازي يعني لو اكل
البازي او نحوه مما صاده اكل لان ترك الاكل ليس بشرط في حق البازي وما بمعناه ليس علامة لتعلمه وانما علامته
ان يجيب صاحبه اذا دعاه وقال بعض مشايخنا هذا اذا اجاب صاحبه عند الدعوة الفاً له من غير ان يطمع في
اللحم فاما اذا كان لا يجيب الا لطمع في اللحم لا يكون معلماً ذكره في المحيط لا اي لا يؤكل لو ان اكل منه الكلب او الفهد سواء كان
اكله نادراً او كثيراً وقال الشافعي يحل لان الكلب آلة العمل فاكله لا يوجب الحرمة بعد ما وقع عمله للمالك كالبازي ولنا ما روينا
من حديث عدي بن حاتم وقد عرفت ان الكلب يحتمل التعليم بالضرب فلا يكون كالبازي فان صاد الكلب او الفهد صيود
ثم اكل او اجاب الفهد والبازي ثم ترك الاجابة بعد الحكم بتعلمه حرم ما صاده بعده حتى يتعلم بان يجيب مثل البازي
اذا دعي بعد الارسال ويصيد مثل الكلب ثلاثاً ولا يأكل منها في الرابع عندهما وبشهادة اهل العلم من الصيادين
بالتعلم عنده لما ذكرنا في الابتداء قال في المحيط فاما باع ما قد مر من صيوده فلا شك ان على قولهما لا ينتقض البيع فيه
واما على قول ابي حنيفة ينبغي ان ينتقض البيع اذا تصادق البايع والمشتري على كون الكلب جاهلاً ولا يحل صيده بعد
ذلك حتى يتعلم وبعد تعلمه ما ذكرنا في ابتداء الامر على الخلاف وكذا هذا الخلاف في البازي اذا فر من صاحبه فدعاه فلم يجبه
حتى حكم بكونه جاهلاً فاذا اجاب صاحبه ثلاث مرات بعد ذلك على الولاء يحكم بتعلمه عندهما انتهى وكذا حرم ما صاده
قبله وبقي في ملكه غير ان ما اكل منه قبل ذلك لا تظهر فيه الحرمة لانعدام المحلية وما ليس بمحرز بان كان في المفازة بعد يثبت
الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرز في بيته يحرم عنده خلافاً لهما لهما ان الاكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لان الحرفة
قد تنسى ولان فيما احرزه قد امضى الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول بخلاف
غير المحرز لانه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيداً من وجه لعدم الاحراز فحرمناه احتياطاً وله ان كل واحد
من الاكل وعدم الاجابة آية جهله من الابتداء لان الحرفة لا تنسى اصلها فاذا اكل تبين انه كان ترك الاكل للشبع
لا للعلم وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لان المقصود هو الاكل ومثل ذلك ينقض باجتهاد آخر كتبدل اجتهاد
القاضي قبل القضاء قال صاحب العناية وما قال ابو حنيفة اقرب الى الاحتياط وعليه مبنى الحل والحرمة ولو ان
صقراً فر من صاحبه فمكث حيناً ثم صاد بعد ما رجع الى صاحبه لم يؤكل صيده لانه ترك ما صار به عالماً فيحكم
بجهله كالكلب اذا اكل من صيده فان شرب الكلب من دمه اي من دم صيده ولم يأكل منه اكل لانه ممسك للصيد
على الصايد وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وامسك عليه ما يصلح له قال قاضي خان ولو شرب من دم
الصيد في الاصطياد لا يحرم الصيد ويحل عندنا وقال ابن ابي ليلى لا يحل اكله ولو اكل جناحه ومنقاره او ظفره
حرم في قولهم انتهى او نهشه فقطع منه بضعة اي قطعة من لحمه واتبعه فادركه فقتله ولم يأكل منه فاخذه صاحبه
اكل هذا الصيد فان للوصل اكل تلك البضعة بعد صيده لانه لو اكل من نفس الصيد في هذه الحالة اي بعد ما اخذه
الصايد لم يضره فاذا اكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه اولى ولانه امسك الصيد على صاحبه حين لم يأكل منه مع
حاجته وكذا لو اكل ما اطعمه صاحبه من الصيد لانه لم يبق صيداً فصار كما اذا القي اليه طعاماً غيره او اكل هو بنفسه

من بعد ما احرزه صاحبه يعني اذا وثب الكلب بعد ما اخذ الصائد ما صاده فاكل هذا الكلب منه يؤكل لانه ما اكل من
الصيد والشرط ترك الاكل من الصيد فصار كما اذا افترس شاته بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل ان يحرزه المالك لانه بقيت
فيه جهة الصيدية وبخلاف ما لو اكل القطعة التي قطعها منه قبل اخذه الصيد ثم اتبع الصيد فقتله ولم يأكل منه
حيث لا يحل لانه صيد كلب جاهل حيث اكل من الصيد حالة الاصطياد فكان ممسكاً لنفسه وان خنقه الكلب ولم يجرحه
لا يؤكل لما عرفت ان الجرح شرط على ظاهر الرواية وهذا يدلك على انه لا يحل بالكسر وعن ابي حنيفة انه اذا كسر عضواً
فقتله لا بأس باكله لانه جراحة باطنة فهي كالجراحة الظاهرة ووجه الاول ان المعتبر جرح ينتهض سبباً لانهار الدم وذلك
لا يحصل بالكسر فاشبه التخنيق وكذا ان شاركه كلب غير معلم وكلب مجوسي او كلب ترك مرسله التسمية عمداً لما
روينا من حديث عدي بن حاتم رضه ولانه اجتمع المبيح والمحرم فتغلب جهة الحرمة نصاً او احتياطاً وان ارسل مسلم
كلبه فزجره مجوسي فانزجر المراد بالزجر الاغراء بالصياح عليه وبالانزجار اظهار زيادة الطلب حل لان الفعل يرفع
بما هو فوقه او مثله كما في نسخ الآي والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه وبالعكس بان ارسله مجوسي فزجره
مسلم فانزجر حرم لان الزجر دون الارسال ولهذا لم يثبت به شبهة الحرمة فاولى ان لا يثبت الحل بزجر المسلم وان
لم يرسله احد فزجره مسلم او غيره فانزجر فالعبرة للزاجر لان الزجر مثل الانفلات من حيث ان كل واحد منهما غير
مشروط في حل الصيد بخلاف الارسال وتوضيحه ان الانزجار وان كان دون الانفلات من حيث كونه بناء
عليه لكنه فوقه من حيث كونه فعل المكلف فاستويا فصلح الزجر ناسخاً وهو متأخر فيجعل ناسخاً وان ارسله وهو
يعني ترك التسمية عمداً ثم زجره مسلم فسمى فالعبرة للحال لا للارسال فلا يحل لتركها حال الارسال لان الحكم مضاف
الى الارسال فاذا صدر صحيحاً لا ينقلب فاسداً واذا صدر فاسداً لا ينقلب صحيحاً بالزجر ولو ارسل كلبه
فرده عليه الصيد كلب غير معلم وغير مرسل فاخذه الاول لم يؤكل وان رده عليه آدمي او دابة او طير او مجوسي حل لان
اخذ الكلب ذبح حكماً ولا يصلح احد هؤلاء مشاركاً اياه في الذبح والكلب الجاهل يصلح مشاركاً لانه جارح بنفسه
فاجتمع المبيح والمحرم فيحرم كما لو مد القوس مسلم ومجوسي فاصاب صيداً فانه يحرم ولو لم يرده عليه ولكنه شد عليه
واتبع اثر المرسل حتى قتله الاول اكل لان الثاني محرض لا مشارك كذا في الاختيار وان ارسله الى صيد فاخذ
غيره حل ما دام على سنن ارساله وقال مالك لا يحل لانه اخذ بغير ارسال اذ الارسال مختص بالمشار اليه ولنا ان شرط
التعيين شرط غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد والجميع بالنسبة الى هذا المقصود سواء فان قيل قد يكون
مقصوده صيداً معيناً قلنا انه متعذر اذ لا يقدر الصائد والكلب على الوفاء بذلك حيث لا يمكنه تعليمه على وجه يأخذ
ما عينه فسقط اعتباره وكذا لو ارسله على صيود بتسمية واحدة حين الارسال فاخذ كلها وقتلها حلت اي
الصيود كلها لان الذبح يقع بالارسال ولهذا اشترط التسمية عنده والفعل واحد فيكفيه تسمية واحدة بخلاف ذبح
الشاتين بتسمية واحدة لان الثاني يصير مذبوحاً بفعل غير الاول فلا بد من تسمية اخرى حتى لو اضجع احدهما فوق
الاخرى وذبحهما مرة واحدة يحلان بتسمية واحدة كذا في الهداية والاختيار وقال قاضي خان وكذا لو رمى صيداً فاصاب
السهم صيداً ونفذ واصاب آخر فنفذ واصاب آخر حل الكل عندنا وقال مالك يحل الاول ولا يحل الثاني لان عنده
التعيين شرط في الرمي والارسال وذلك رجع في الذي عينه دون غيره ولا يشترط التسمية بتعيين الصيد في الارسال
عندنا حتى لو ارسل كلباً او بازياً على صيد فاخذ ذلك الصيد او غيره او اخذ عدداً من الصيود يحل الكل بتلك التسمية ما دام
على وجه الارسال وعلى قول ابن ابي ليلى التعيين ليس بشرط ولكن اذا عين صح تعيينه حتى لو ترك ذلك الصيد

واخذ غيره وقتل لا يحل عنده انتهى وهذا ما دام الكلب في وجه ارساله فان انحرف يمينا او شمالا ثم اخذ صيدا فانه
لا يحل اكله لان الاخذ حصل بغير ارسال لانه ارسله قبل المشرق وقد ذهب قبل المغرب وان ارسل الفهد فكمن في
ارساله حتى استمكن من الصيد ثم وثب عليه واخذه وقتله حل اكله وكذا الكلب اذا اعتاد ذلك لان قصده من هذا
ليس باستراحة بل هذا المكث منه حيلة للتمكن من الصيد وهذه عادة ظاهرة في حق الفهد والكلب ولا ينقطع به
حكم الارسال كذا في المحيط ولو ارسله على صيد فاخذه فقتله ثم اخذ صيدا آخر فقتله اكلا جميعا لان الارسال قائم لم ينقطع
فصار كما لو رمى صيدا اي رمى سهما الى صيد فاصاب اثنين ولو قتل الاول فجثم عليه طويلا من النهار ثم مر به صيد
آخر فقتله لا يؤكل الثاني لانقطاع الارسال بمكثه اذ لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ وانما كان استراحة بخلاف ما تقدم من
من الكمون ولو ارسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فاخذه وقتله اكل اذا لم يمكث زمانا
طويلا للاستراحة وانما مكث ساعة للتمكين كما في الكلب ولو ان بازيا معلما اخذ صيدا فقتله ولا يدري ارسله
انسان ام لا لا يؤكل لوقوع الشك في الارسال ولا يثبت الاباحة بدونه كذا في الهداية وان رمى سهمه
الى صيد وسمى اكل ما اصاب ان جرحه لما مر ان التسمية وكذا الجرح شرط على ظاهر الرواية وذلك لانه ذابح بالرمي
لكون السهم آلة له فيشترط التسمية عنده وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكوة ولا بد من الجرح ليتحقق
معنى الذكوة وان تركها اي التسمية عمدا حرم اعتبارا للذكوة الاضطرارية بالاختيارية وان وقع السهم
اي بالصيد فتحامل بثقل تحامل في المشي اي التكلف على مشقة واعياء وغاب عنه ولم يقعد عن طلبه ثم وجده ميتا
حل ان لم يكن به جراحة غير جراحة السهم ولا يحل ان قعد عن طلبه ثم وجده ميتا وذلك لان النبي عليه السلام كره
اكل الصيد اذا غاب عن الرامي وقال لعل هوام الارض قتلته ولان احتمال الموت بسبب آخر موجود فلا ينبغي
ان يحل اكله لان الموهوم في هذا كالمتحقق لما روينا الا انا اسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة ان لا يعرى
الاصطياد عن الغيبة ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان التحرز عن توار يكون بسبب عمله وهو القعود
وما رويناه حجة على مالك في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل وان بات ليلة لا يحل ووجه كونه حجة عليه انه عليه السلام
كره اكل الصيد اذا غاب عن الرامي ولو وجد به جراحة سهمه وفيه جراحة اخرى فليس له ان يأكله ترك الطلب او لم يترك
لانه ظهر لموته سببان احدهما يوجب الحل والآخر الحرمة فيغلب الموجب للحرمة نصا او احتياطا وقال الشافعي
يؤكل لانه ظهر لموته سبب وهو كان معه من الرمي والحكم متى ظهر عقيب سبب يحال به عليه كما لو جرح انسانا فلم يزل
ذا فراش حتى مات يجعل قاتلا قلنا لما وجد فيه جرح غيره كان القتل منه موهوما والموهوم في هذا كالمتحقق كما مر
آنفا ولانه موهوم يمكن الاحتراز عنه لان الصيد قد يخلو عن رمي الغير فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام فان الاحتراز
عنه غير ممكن لان الصيد لا بد ان يقع على الارض والارض لا تخلو عنها فلا يجعل محرما كما اذا لم يقعد عن الطلب
والحكم فيما جرحه الكلب كالحكم فيما جرحه السهم في جميع ما ذكرنا وان رماه فوقع في ماء او على سطح او على جبل او
على حائط او على آجرة ثم تردى منه الى الارض فمات حرم لانه المتردية وهي حرام بالنص ولانه احتمل الموت بغير الرمي
اذ الماء مهلك وكذا السقوط من علو ويؤيد ذلك قوله عليه السلام لعدي وان وقعت رميتك في الماء فانك لا
تدري ان الماء قتلها او سهمك وكذا حرم لو وقع على رمح منصوب او قصبة قائمة او على حرف آجرة لجرح الصيد
بحد هذه الاشياء لاحتمال ان حد هذه الاشياء قتله فان وقع على الارض ابتداء حل لعدم امكان الاحتراز
عنه وكذا لو وقع على صخرة او آجرة او على ظهر بيت او لبنة موضوعة فاستقر الصيد على ذلك ولم يجرح لان وقوعه

على ذلك

على ذلك وعلى الارض سواء وذكر في المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر
وصححه الحاكم الشهيد وحمل مطلق المروي على الاصل على غير حالة الانشقاق وحمله شمس الائمة السرخسي على ما اصابه حد
الصخرة فانشق بطنه لذلك وحمل المروي في الاصل على انه لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه
وذلك عفو وهذا اصح كذا في الهداية وان وقع في الماء فمات حرم لما روينا وان كان الطير مائيا فوقع فيه فمات
فان انغمس جرحه فيه حرم كما اذا وقع غير المائي في الماء والا اي وان لم ينغمس جرحه فيه حل لان الجراحة متى كانت
فوق الماء نعلم انه مات من الجراحة لا من الماء لان الغرض ان الطير مائي يعيش في الماء اما اذا كانت تحت الماء فيحتمل
ان يكون الموت بسبب الماء فيحرم ويحرم ما قتله المعراض بعرضه المعراض اسم سهم لا ريش له لقوله عليه السلام
فيه ما اصاب بحده فكل وما اصاب بعرضه فلا تأكل او البندقة وهي طينة مدورة يرمى بها لان ذلك كله في معنى
الموقوذة لانه يدق ويكسر ولا يجرح وقوله ولم يجرح معطوف على قتله فلو كانت خفيفة بها حدة حل لتيقن الموت
بالجرح وان اصابه بحجر وجرحه بحده فان كان الحجر ثقيلا لا يؤكل لاحتمال انه قتله بثقله وان كان خفيفا وبه حدة اكل
لانه قتله بحده وان لم يجرحه لا يؤكل مطلقا اي ثقيلا او خفيفا لانتفاء الشرط وهو الجرح ولو رماه بعصا او بعود حتى
قتله لا يحل لانه يقتله ثقلا لا جرحا اللهم الا اذا كان له حدة يبضع بضعا فحينئذ لا بأس به لانه بمنزلة السيف والرمح ولو رماه
بسيف او سكين فاصابه بظهره او بمقبضه فقتله لا يؤكل لانه قتله دقا فان اصابه بحده يؤكل ثم الحديد وغيره سواء
في ذلك ويشترط في الجرح الادماء لقوله عليه السلام ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل فشرط الانهار وقيل لا يشترط
سواء كانت الجراحة صغيرة او كبيرة لان الدم قد يحتبس لضيق المنفذ او غلظ الدم وقيل ان كان الجرح
كبيرا لا يشترط الادماء وان كان صغيرا اشترط فان اصاب السيف ظلفه او قرنه فان ادماه حل والا فلا
يحل وان رمى صيدا فقطع عضوا منه اكل لما عرفت ان الرمي مع الجرح مبيح وقد وجد دون العضو المنفصل ان امكن
حيوته بعد الابانة وان لم يمكن اكلا وقال الشافعي وهو مذهب ابن ابي ليلى ان مات الصيد منه اكل لانه مبان
بذكوة الاضطرار وكل ما كان كذلك حل المبان والمبان منه كما اذا ابين الراس بذكوة الاختيار بخلاف ما اذا لم يمت
لانه ما ابين بالذكوة ولنا قوله عليه السلام ما ابين من الحي فهو ميت وجه الاستدلال انه ذكر الحي مطلقا والمطلق
ينصرف الى الكامل والكامل هو الحي حقيقة وحكما والعضو المبان كذلك لانه يصدق انه ابين من الحي حقيقة وحكما اما حقيقة
فلقيام الحيوة به واما حكما فلانه يتوهم حيوته بعد ابانة هذا العضو ولهذا اعتبره الشرع حتى لو وقع في الماء وفيه حيوة
بهذه الصفة لم يؤكل لجواز ان يكون موته لوقوعه في الماء ولو سلم ان ما ابين بالذكوة يؤكل ولكن لا ذكوة ههنا
لان هذا الفعل وهو ابانة هذا العضو حال وقوعه ليس بذكوة لبقاء الروح في الباقي على وجه يمكن الحيوة بعده
اذ الغرض ذلك والجرح يعتبر ذكوة اذا مات منه او يكون على وجه لا يمكن الحيوة بعده وان قطعه ولم يبنه فان احتمل
الالتيام اكل العضو المبان ايضا اي كالمبان منه والا اي وان لم يحتمل الالتيام فلا يؤكل العضو فلو قطع يد الصيد
او رجله او فخذه او ثلثه مما يلي القوائم او اقل من نصف الراس حرم المبان وحل المبان منه لانه يتوهم بقاء الحيوة
في الباقي ولو قده نصفين او قطعه اثلاثا والاكثر مما يلي العجز احترازا عما اذا كان الاكثر مما يلي الراس فانه يؤكل الاكثر
لا غير اكل الكل وكذا لو قطع نصف رأسه او اكثر فكذلك لان الاوداج من القلب الى الدماغ فان ابان الثلث مما
يلي العجز لم يقع الفعل ذكوة لعدم قطع الاوداج وانما وقعت بموته والجزء مبان عند ذلك واما اذا ابان الثلث
مما يلي الراس فقد وقع الذكوة بقطع الاوداج لنفسه ولم يكن الجزء مبانا والحديث وان تناول السمك وما ابين

منه ميتة الا ان ميتته حلال بالحديث واذا ادرک الصيد حيا حيوة فوق حيوة المذبوح فلا بد من ذکوته وان
ترکها متمکنا منها حرم وکذا لو غير متمکن فی ظاهر الرواية اعلم ان المرسل اذا ادرک الصيد حيا فلا يخلو اما ان
تمکن من ذبحه اولا فان تمکن من ذبحه ولم يذبح حتی مات لم يؤکل سواء کان الحيوة فيه بينة او خفية وان
ذبح حل فی قول اصحابنا جميعا وکذلک حکم البازی والسهم وذلک لانه قدر علی الاصل قبل حصول
المقصود بالبدل لان المقصود بالبدل اباحة الاکل ولم يثبت قبل موته والقدرة علی الاصل قبل ذلک يبطل
البدل وان لم يتمکن من ذبحه لعدم الالة او ضيق الوقت فاما ان يکون فيه من الحيوة فوق ما يکون فی المذبوح
اولا فان کان لم يؤکل فی ظاهر الرواية وعن ابی حنيفة وابی يوسف انه يؤکل وهو قول الشافعی لانه لم يقدر
علی الاصل قبل حصول المقصود بالبدل اذ الفرض انه لم يتمکن من الذبح فصار کمن رأی الماء ولم يقدر علی الاستعمال
ووجه ظاهر الرواية انه ان لم يقدر حقيقة فقد قدر اعتبارا لانه ثبتت يده علی المذبوح وهو قائم مقام التمکن من
الذبح لانه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون فيها علی حسب تفاوتهم فی الکياسة والهداية فی امر الذبح فمنهم
من يتمکن فی ساعة ومنهم من لا يتمکن فی اکثر وما کان کذلک لا يدار الحکم عليه لعدم انضباطه فادير علی ما ذکرنا
من ثبوت اليد علی المذبوح وان لم يبق من حيوته الا مثل حيوة المذبوح وهو ما لا يتوهم بقاؤه فلم يدرکه حيا
فلو لم يذبحه حتی مات اکل لانه ميت حکما الا انه لو وقع فی الماء وهو بهذه الصفة لا يحرم کما اذا وقع فيه وهو ميت
والميت ليس بمحل للذبح فلم تثبت يده علی المحل ليقام مقام التمکن من الذبح وفصل بعض المشايخ فيما اذا
کانت الحيوة فيه فوق ما يکون فی المذبوح فقال ان کان عدم التمکن لفقد الالة لم يؤکل لانه مفرط وان کان لضيق
الوقت لم يؤکل عندنا خلافا للشافعی والحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل قالوا ان لم يقدر علی الاصل ولم يفرط
کان حلالا او قلنا فی يده وهو حی حقيقة وحکما فلم يبق صيدا فبطل حکم ذکوة الاضطرار وما ذکرنا من اقامة ثبوت اليد مقام
التمکن حتی لا يحل بدون الذکوة فيما اذا کان بقاؤه متوهما اما اذا شق الکلب المعلم بطنه واخرج ما فيه ثم وقع فی
يد صاحبه ولم يذکه حل لان ما بقی اضطراب المذبوح فلا يعتبر کما اذا وقعت شاة فی الماء بعد ما ذبحت وقيل قائله ابو بکر
الرازی قال هذا قولهما وعند الامام ابی حنيفة لا بد من تذکيته ای من تذکية ما لم يبق من حيوته الا مثل حيوة المذبوح
ايضا ای کما لا بد من التذکية فی المسئلة التی قبل هذه ووجه لزوم التذکية انه وقع فی يده حيا فلا يحل الا بذکوة الاختيار
اعتبارا بالمتردية ولذا قال فان ذکاه حل بالاجماع قال الله تعالی الا ما ذکيتم استثناه مطلقا من غير فصل وکذا ان
ذکی المتردية ای الساقطة من مکان مرتفع والنطيحة ای المضروبة بالقرن والموقوذة ای المضروبة بالخشب
او الحجر والتی بقر ای شق الذئب بطنها وفيه حيوة خفية او جلية قوله حل جواب ان ذکی وعليه ای علی
الامام ابی حنيفة رحمه الله الفتوی لما تلونا وعند ابی يوسف ان کان لا يعيش مثله لا يحل يعنی ان عند ابی يوسف
لا بد من حيوة بينة وهو ان يکون بحال يعيش مثله فاما اذا لم يکن کذلک فلا يحل اکله لانه لم يکن موته بالذبح
وعند محمد ان کان يعيش فوق ما يعيش المذبوح يعنی ان عند محمد لا بد من حيوة بينة وهو ان يکون بحيث
يعيش فوق ما يعيش المذبوح فان کان کذلک حل اکله والا فلا يحل لانه لا يعتبر بهذه الحيوة لما مر انه ميت
حکما ومن رمی صيدا فاثخنه ای ضعفه واخرجه عن حيز الامتناع ثم رماه اخر فاصاب سهما ايضا فقتله حرم اکله
لاحتمال الموت بالثانی وهو ليس بذکوة للقدرة علی ذکوة الاختيار وضمن الثانی قيمته مجروحا للاول لانه کان
ملکه بالرمی المثخن وقد اتلفه الثانی وقيمة المتلف تعتبر يوم الاتلاف وان رمياه معا فاصابه سهم احدهما فاثخنه

ثم اصاب

فاثخنه ثم اصاب سهم الاخر فقتله فهو للاول وحل اکله عندنا خلافا لزفر هو يعتبر حالة الاتصال والسهم الثانی
اصابه وهو غير ممتنع فصار کما رمی شاة ونحن نعتبر الحل حالة الارسال ~~والسهم الثانی اصابه وهو غير ممتنع~~
لان الاصطياد يتعلق بالمحل نتيجته ولهذا يعتبر التسمية حال الارسال والارسال قد حصل منهما والمحل صيد
فلم يتعلق بالثانی حظر والملک حالة الاتصال لان الملک يتصل بالمحل وسهم الاول اخرجه عن حيز الامتناع فملکه
قبل ان يتصل به الثانی وان رماه فاصابه ثم رماه اخر فاصاب ايضا ولم يثخنه الاول حل اکله لان ذکوته
اضطرارية وهو ای الصيد للثانی لانه هو الاخذ وقد قال عليه السلام الصيد لمن اخذه لا لمن اثاره وان رمياه معا واصابا
معا فقتلاه فهو لهما جميعا ويؤکل لان کل واحد منهما رمی الی صيد مباح فيحل تناوله اعتبارا بحالة الرمی والاستواء فی السببية
يوجب الاستواء فی الملک وان رماه الثانی بعد ما رماه الاول قبل ان يصيبه سهم الاول فحکمه حکم ما لو رمياه معا فهو لهما وحل
اکله ومن ارسل کلبا علی الصيد فادرکه فضربه فصرعه ثم ضربه ثانيا فقتله اکل وکذا لو ارسل کلبين فصرعه احدهما وقتله
الاخر حل لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا ولو ارسل رجلان کل منهما کلبه فصرعه احدهما
وقتله الاخر حل لما بينا وهو ای الصيد ملک للاول لان الفرض ان الاول اخرجه عن حد الصيدية الا ان الارسال من
الثانی حصل علی الصيد والمعتبر فی الاباحة والحرمة حالة الارسال فلم يحرم ولو ارسل الثانی کلبه بعد صرع الاول حرم
لانه خرج عن الصيدية بجرح الکلب الاول فکانت ذکوته الذبح فلم يوجد وضمن الثانی قيمته مجروحا للاول لانه ملکه
بجرح کلبه واخراجه عن الامتناع کما فی الرمی کما مر ومن سمع حسا ای صوتا خفيا فظنه انسانا ای حسبه انسانا
فرماه او ارسل عليه کلبه او بازيه فاذا هو صيد ای فتبين انه صيد ولو خنزيرا اکل ان کان قابلا للاکل وذلک لانه
لا اعتبار بظنه مع کونه صيدا حقيقة وقد قصد الاصطياد وعن ابی يوسف انه استثنی الخنزير لتغلظ حرمته
اذ لا تثبت الاباحة فی شیء منه بخلاف سائر السباع لان الاصطياد يؤثر فی جلده وزفر خص من جملة المسموع
حسه ما لا يؤکل لحمه لان الارسال فيه لا للاباحة فکان هو والادمی سواء فلو سمع حسا فظنه حس صيد فرماه او
ارسل کلبه او بازيه فاصاب صيدا ظبيا مثلا فتبين ان المسموع حسه ادمی او حيوان کالشاة والبقر ونحوهما
مما يأوی البيوت لم يحل المصاب فی قولهم جميعا لانه ارسل الی غير صيد فلم يتعلق به حکم الاباحة وصار کانه رمی
الی ادمی عالما به فاصاب صيدا فانه لا يؤکل ووجه الظاهر ان الاصطياد لا يختص بمأکول اللحم لجواز ان يکون
للانتفاع بجلده او شعره او ريشه او لاستدفاع شره وکل ذلک مشروع فالمأکول وغيره بالنسبة الی جواز
الاصطياد سواء فاذا قصد بفعله الاصطياد وقع الفعل اصطيادا وهو فعل مباح فی نفسه فيفيد اباحة المصاب
بشرط قبوله الاباحة حتی لو لم يقبلها کما اذا کان خنزيرا لم تثبت الاباحة ولکن لا يخرج الفعل عن کونه اصطيادا
مباحا واذا قبلها فان کان مما يحل تناوله ثبتت اباحة تناوله کغير السباع من البهائم والطيور وان کان مما لا يحل
تناوله يثبت اباحة جلده فثبت ان فعله وقع اصطيادا وان اباحة التناول وعدم اباحته مما يتعلق بالمحل ليس
بخارج عنه ذلک کذا فی العناية

کتاب الرهن

وجه مناسبته لکتاب الصيد من حيث کونهما سببين لتحصيل
المال ومن محاسنه حصول النظر لجانب الدائن والمديون فانه شرع وثيقة للاستيفاء ليضجر الراهن بحبس عينه
فيسارع الی ايفاء الدائن ليفتکها فينتفع بها ويصل المرتهن الی حقه ثبت شرعيته بالکتاب والسنة والاجماع
اما الکتاب فقوله تعالی فرهان مقبوضة فانه امر بصيغة الاخبار قال المفسرون معناه وان کنتم مسافرين ولم تجدوا
کاتبا فارتهنوا رهانا مقبوضة وثيقة باموالکم والرهان جمع رهن کعباد جمع عبد واما السنة فما روی انه عليه السلام

رهن درعه عند ابی الشحم الیهودی بالمدینة بثلاثین صاعا من شعیر اخذه لقوت عیاله وروی انه علیه السلام
مات ودرعه عند ابی الشحم الیهودی وان الامة اجتمعت علی جوازه من غیر نکیر واما شرائطه فانواع بعضها یرجع
الی نفس الرهن وبعضها الی الراهن والمرتهن وبعضها الی المرهون به اما الاول فهو ان لا یکون معلقا
بالشرط ولا مضافا الی الوقت لان فی الرهن والارتهان معنی الایفاء والاستیفاء فیشبه البیع واما الثانی
فهو ان یکون الراهن والمرتهن عاقلین حتی لا یجوز الرهن والارتهان من المجنون والصبی الذی لا یعقل
واما البلوغ فلیس بشرط وکذا الحریة حتی یجوز من الصبی والعبد المأذونین لان ذلک من توابع التجارة فیملکه من یملک
التجارة وکذلک السفر لیس بشرط الرهن فیجوز الرهن فی السفر والحضر جمیعا وما روینا انه علیه السلام رهن درعه من
یهودی کان ذلک فی الحضر والتنصیص فی کتاب الله تعالی علی السفر لیس للتقیید به بل اخراج الکلام مخرج العادة کقوله تعالی
فکاتبوهم ان علمتم فیهم خیرا واما الثالث وهو الذی یرجع الی المرهون به فهو ان یکون محلا قابلا للبیع وهو ان یکون
موجودا وقت العقد مالا مطلقا متقوما مملوکا مقدور التسلیم ونحو ذلک فلا یجوز رهن ما یثمر نخله العام وما تلد اغنامه
السنة ولا رهن ما فی بطن هذه الجاریة ولا رهن المیتة والدم والحر ولا رهن ام الولد والمدبر المطلق والمکاتب ولا رهن
الخمر والخنزیر من المسلم ولا رهن المباحات من الصید والحشیش والحطب ونحوها کذا فی البدایع هو لغة حبس الشیء
بای سبب کان وشرعا حبس شیء یعنی جعله محبوسا لان الحابس هو المرتهن لا الراهن بخلاف الجاعل محبوسا
ذکره ابن کمال والمراد بالشیء مال متقوم حیوانا کان او جمادا عرضا او عقارا مذروعا او معدودا مکیلا او موزونا
ولا یشترط فی الحبس الدوام ولذا لو اعاره من الراهن او غیره باذنه او غصب منه الراهن لم یبطل ویجوز الرهن بطریق
التعاطی کما فی الکرمانی والمتبادر ان یکون الحبس علی وجه الشرع فلو اکره المالک بالدفع الیه لم یکن رهنا کما فی الکبری ویدخل
فیه رهن ذمی خمرا عند ذمی بحق ای بسبب حق مالی ولو مجهولا واحترز به عن نحو القصاص والحد والیمین یمکن استیفاؤه منه
ای اخذ هذا الحق من هذا الشیء المرهون واحترز به عن نحو ما یفسد کالجمد وعن نحو الامانة والمدبر وام الولد والمکاتب
کالدین ای مثل ما وجب فی الذمة ولو حکما من نحو بدل الاجارة والکتابة والجنایة کذا فی القهستانی والکاف فی قوله
کالدین اما مقحم ان کان الرهن بالاعیان المضمونة بانفسها رهنا بالدین واما غیر مقحم وهو المناسب للسیاق
وینعقد بایجاب وهو قول الراهن رهنتک هذا المال بدین لک علی او خذ هذا المال رهنا به او هذا الشیء رهن
بدینک او ما اشبه ذلک وقبول وهو قول المرتهن قبلت او ارتهنت او رضیت او نحو ذلک لانه عقد والعقد
ینعقد بالایجاب والقبول وعلی ذلک عامة المشایخ وقال شیخ الاسلام خواهر زاده الرکن الایجاب بمجرده لانه عقد تبرع وکل
ما هو کذلک یتم بالمتبرع کالهبة والصدقة ویتم بالقبض قال صاحب الهدایة والقبض بشرط اللزوم کانه تفسیر لقول القدوری
ویتم بالقبض فیکون الرهن قبل القبض جائزا وبه یلزم وهو اختیار شیخ الاسلام وهو مخالف لروایة عامة الکتب
قال محمد لا یجوز الرهن الا مقبوضا وقال الحاکم الشهید فی الکافی لا یجوز الرهن غیر مقبوض وقال الطحاوی فی مختصره ولا یجوز
الرهن الا مقبوضا محوزا مفرغا وقال الکرخی فی مختصره قال ابو حنیفة وزفر وابو یوسف ومحمد والحسن بن زیاد لا یجوز الرهن
الا مقبوضا وقال مالک یلزم بنفس العقد لانه یختص بالمال من الجانبین فصار کالبیع ولانه عقد وثیقة فلا یکون
القبض شرطا کالکفالة ولنا ما تلونا من قوله تعالی فرهان مقبوضة والمصدر المقرون بحرف الفاء فی محل الجزاء یراد
به الامر کما فی قوله تعالی ومن کان منکم مریضا او علی سفر فعدة من ایام اخر ای فلیصم وکما فی قوله تعالی ومن قتل
مؤمنا خطأ فتحریر رقبة مؤمنة ای فلیحرر فیکون تقدیره وان کنتم علی سفر ولم تجدوا کاتبا فارهنوا وارتهنوا

لکن ترک

لکن ترک کونه معمولا به فی ذلک حیث لم یجب الرهن علی المدیون ولا قبوله علی الدائن بالاجماع فوجب ان یعمل فی
شرطه وهو القبض کما فی قوله علیه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل والفضل ربوا فلم یعمل الامر فی نفس البیع لان
البیع مباح فینصرف الی شرطه وهو المماثلة فی اموال الربوا فکذا هذا کذا فی العنایة محوزا ای مجموعا احترازا عن رهن الثمر
علی رؤس النخیل دونها او رهن الزرع فی الارض دونها لان المرتهن لم یحزه مفرغا ای عن ملک الراهن وهو احتراز عن
عکسه وهو رهن النخیل دون الثمر ورهن الارض دون الزرع ممیزا احترازا عن رهن المشاع کرهن نصف العبد او الدار
کذا فی غایة البیان فروع رجل رهن دارا فیها متاع الراهن شیء کثیر او قلیل ینتفع به او رهن جوالق فیها متاع الراهن
بدون المتاع وسلم الکل الی المرتهن لا یجوز ذلک الا ان یفرغ الدار والجوالق ویسلم ولو رهن ما فی الدار من متاع بدون
الدار او ما فی الجوالق من الحبوب دون الجوالق وسلم الکل الیه جاز والحیلة لجواز الرهن فی المسئلة الاولی ان یودع ما فی الدار
او الجوالق اولا ثم یسلم الیه ما رهن فیصح التسلیم والرهن کذا فی قاضیخان والتخلیة ای رفع المانع من قبضه والتمکین منه
بان یضعه الراهن فی موضع یتمکن المرتهن من اخذه فیها ای فی الرهن وفی البیع الصحیح دون الفاسد فانه واجب الاعدام
فلا یکفی فیه التخلیة ذکره القهستانی قبض فی ظاهر الروایة وهو الاصح ذکره فی الهدایة وعن ابی یوسف انه لا یثبت فی المنقول الا
بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء لانه لم یکن مضمونا علی الراهن قبل القبض حتی ینتقل الضمان منه الی المرتهن کما فی
المغصوب فان المغصوب لا یصیر مضمونا بدون النقل فکذا المرهون ووجه ظاهر الروایة ان حقیقة الاستیفاء
تثبت بالتخلیة فکذا القبض الموجب لید الاستیفاء بخلاف الغصب حیث لا یثبت بمجرد التخلیة لانا لو اکتفینا بها یلزم
السعی فی اتمامه وانه واجب النقض والفسخ واما الرهن فمشروع یجب السعی فی تصحیحه بقدر الامکان فافترقا وللراهن
ان یرجع عنه قبل القبض وقد ثبت ان القبض منصوص علیه والمنصوص لا بد ان یقتضی ثباته وذلک یقتضی الکمال
والکمال فی القبض هو ان یکون الرهن محوزا مفرغا ممیزا فاذا قبض علی هذا الوجه تم العقد
ولزم وان لم یقبضه فالراهن بالخیار بین التسلیم وعدمه لما ذکرنا ان الرهن لا یلزم عندنا الا مقبوضا اذ المقصود
وهو الاستیفاء لا یحصل قبل القبض وذکر فی کفایة المنتهی ان الرهن ممنوع عن الاسترداد للانتفاع لانه یفوت موجبه
وهو الاحتباس علی الدوام وعند الشافعی لا یمنع منه لانه لا ینافی موجبه وهو تعینه للبیع وهو ای الرهن المقبوض
مضمون عندنا ومن فی قوله بالاقل من قیمته ومن الدین لیست تفضیلیة بل بیانیة والمعنی بالاقل الذی هو من بین
المذکورین ایهما کان وقال الشافعی هو امانة فی یده لا یسقط بهلاکه شیء من الدین لقوله علیه السلام لا یغلق الرهن
قالها ثلاثا لصاحبه غنمه وعلیه غرمه قال معناه لا یصیر الرهن مضمونا بالدین ولنا قوله علیه السلام للمرتهن بعد ما
نفق فرس الرهن عنده ذهب حقک وحق الدین فیکون ذاهبا واجماع الصحابة والتابعین علی ان الرهن مضمون
مع اختلافهم فی کیفیته فروی عن ابی بکر الصدیق رضه انه مضمون بالقیمة وعن عمر وابن مسعود انه مضمون بالاقل
من قیمته ومن الدین وهکذا روی عن علی رضه وعن ابن عباس رضه انه مضمون بالدین فاختلافهم علی هذا الوجه
اجماع منهم علی انه مضمون فالقول بکونه امانة خرق للاجماع والمراد بقوله علیه السلام لا یغلق الرهن علی ما قالوا
الاحتباس الکلی بان یصیر مملوکا له فلو هلک الرهن المقبوض وهما ای القیمة والدین سواء صار المرتهن مستوفیا لدینه
حکما وان کانت قیمته ای الرهن اکثر من الدین فالزائد امانة لان المضمون بقدر ما یقع به الاستیفاء وذلک بقدر
الدین والباقی امانة لانه فاضل من الدین وقد قبضه باذن المالک وان کان الدین اکثر من قیمة الرهن سقط
منه ای من الدین قدر القیمة وطولب الراهن ای المدیون بالباقی لان الاستیفاء بقدر المالیة وقال زفر الرهن مضمون

بياض صحيح

بالقيمة حتى لو هلك الرهن وقيمته يوم الرهن الف وخمسمائة والدين الف رجع الراهن على المرتهن بخمسمائة لحديث علي رضي الله عنه قال يترادان الفضل في الرهن ومذهبنا مروي عن عمر وعبد الله بن مسعود ولان يد المرتهن يد الاستيفاء فلا يوجب الضمان الا بقدر المستوفى كما في حقيقة الاستيفاء كما اذا اوفاه الفي درهم ونفس حقه في الف فانه يصير ضامنا قدر الدين والزيادة عليه امانة وكذا هذا او المراد من التراد فيما روي حالة البيع توفيقا بين حديثي علي رضي الله عنه فانه روي عنه المرتهن امين في الفضل فيجب حمل الاول على حالة البيع فاذا باع المرتهن الرهن باذن الراهن يرد ما زاد على الدين من ثمنه الى الراهن ولو كان الدين زائدا يرد الراهن زيادة الدين كذا في العناية ويعتبر قيمته اي الرهن يوم قبضه لانه يومئذ دخل في ضمانه وفيه يثبت الاستيفاء يدا ثم يتقرر بالهلاك وان اختلفا في القيمة فالقول للمرتهن لانه ينكر الزيادة والبينة للراهن لانه يثبتها ويهلك الرهن على ملك الراهن فكفنه عليه اي على الراهن لانه ملكه حقيقة وهو امانة في يد المرتهن حتى لو اشتراه لا ينوب قبض الرهن عن قبض الشراء لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض الضمان كذا في الاختيار وللمرتهن ان يطالب الراهن بدينه ويحبسه به وان لو وصل كان الرهن عنده اي عند المرتهن لان حقه في الدين باق بعد الرهن والرهن للاستيثاق فلا يمنع المطالبة فاذا طالبه ومطله فقد ظلمه فاذا ظهر مطله عند القاضي حبسه جزاء على الظلم وله اي للمرتهن ان يحبس الرهن بعد فسخ عقده اي عقد الرهن حتى يقبض دينه الا ان يبرأه يعني انهما لو فسخا الرهن لا ينفسخ ما دام في يده فكان له ان يمنعه بعد الفسخ حتى يستوفي دينه ولو هلك بعد الفسخ يكون كما لو هلك قبله بخلاف ما اذا هلك بعد الابراء حيث لا يضمن استحسانا لانه لم يبق رهنا لان بقاءه رهنا بامرين بالقبض والدين فاذا فات احدهما لم يبق رهنا كذا في التبيين ذكره ابن كمال قلنا يبطل الرهن الا بالرد على الراهن على وجه الفسخ لانه يبقى مضمونا باقي القبض والدين بخلاف ما اذا رده على وجه العارية فانه لا يبطل الرد وليس عليه اي على المرتهن ان كان الرهن في يده ان يمكن الراهن من بيعه للايفاء يعني اذا كان الرهن في يد المرتهن فهو مخير بين ان يمكن الراهن من بيعه لقضاء الدين وبين ان لا يمكن لان حكمه الحبس الدائم الى ان يقضي الدين وذلك حقه فله اسقاطه ولو قضاه البعض فله ان يحبس كل الرهن حتى يستوفي بقية الدين اعتبارا بحبس المبيع وليس للمرتهن الانتفاع بالرهن لا باستخدام ولا بسكنى الا ان ياذن له المالك لان له حق الحبس دون الانتفاع وليس له ان يبيع الا بتسليط من الراهن ولا اجارته واعارته لانه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه ويصير المرتهن بذلك متعديا ولا يبطل به الرهن لان ذلك تعلق اثناء عقده فيمنع انتفاع الراهن بالرهن مطلقا سواء اضر ذلك بالمرتهن كلبس الثوب اذا انتقص به او لا يضر كسكنى الدار وقال الشافعي يجوز للراهن ان ينتفع بالرهن اذا لم يضر بالمرتهن لان تعينه للبيع لا يمنع انتفاع المالك به قلنا ان حكم الرهن هو الحبس لبيع الراهن فلا يملك الانتفاع به لانه ينافيه كذا في المجمع وشرحه واذا طلب اي المرتهن دينه امر اي المرتهن باحضار الرهن لان قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز ان يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لانه يتكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل فاذا احضر المرتهن الرهن امر الراهن بتسليم كل دينه الى المرتهن اولا ثم يؤمر المرتهن بتسليم الرهن ليتعين حقه في الدين كما يتعين حق الراهن في الرهن تحقيقا للتسوية بينهما كما في تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن اولا وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء نجم

فدحل

قد حمل لاحتمال الهلاك فاذا باع الرهن وقبض الثمن وجب احضاره لاستيفائه لقيامه مقام العين وكذا لو طالبه اى المرتهن الراهن بالدين فى غير بلد العقد ولم يكن للرهن اى لاحضاره حمل ومؤنة لان الاماكن كلها فى حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل ومؤنة ولهذا لا يشترط بيان مكان الايفاء فيه فى باب السلم بالاجماع فان كان له حمل ومؤنة فله اى للمرتهن ان يستوفى دينه بلا احضار الرهن لان هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان الى مكان لانه يتضرر به المرتهن زيادة الضرر ولم يلتزمه ولكن اذا طلب الراهن التحليف يحلف على البتات ما هلك الرهن كما فى الذخيرة وقال صاحب البدائع اذا كان الرهن عند عدل فغاب بالرهن واختلف الراهن والمرتهن فى هلاك الرهن ان هناك يحلف المرتهن على العلم لا على البتات لان ذلك تحليف على فعل غيره وهو قبض العدل فتعذر التحليف على البتات فيحلف على العلم كما ادعى الراهن انه اوفى الدين وكيل المرتهن والمرتهن ينكر انه يحلف على العلم لما قلنا كذا هنا انتهى واعلم انه لم يعتبر هناك احتمال تكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك لانه موهوم فلا يظهر فى حقا بلكه ضرر متيقن وهو تاخر حق المرتهن بخلاف الفصل الاول وكذا اى للمرتهن ان يستوفى دينه بامر الراهن عند عدل ولا يكلف المرتهن باحضاره اى الرهن لكونه فى يد الغير بامر الراهن ولو سلط الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد او نسيئة جاز لاطلاق الامر حتى لو قيده بالنقد لا يصح بيعه نسيئة فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف احضار الرهن لان الرهن بيع بامر الراهن فلم يبق له قدرة احضاره وكذا لا يكلف المرتهن باحضار ثمن رهن باعه المرتهن بامر الراهن حتى يقبضه لان الرهن صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين لانه لما باعه باذنه صار كانهما تفاسخا الرهن وصار الثمن رهنا بتراضيهما ابتداء لا بطريق انتقال حكم الرهن الى الثمن الا يرى انه لو باع الرهن باقل من الدين لم يسقط من دين المرتهن شئ فصار كانه رهنه ولم يسلم اليه بل وضعه على يد عدل فلو قبضه يكلف احضاره لقيام البدل مقام المبدل لان الذى يتولى قبض الثمن هو المرتهن لانه هو العاقد فيرجع الحقوق اليه بخلاف ما اذا قتل رجل عبد الرهن خطأ حتى قضى بالقيمة على عاقلته فى ثلاث سنين فان الراهن لا يجبر على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة لان القيمة خلف عن العين فلا بد من احضار كلها كما لا بد من احضار كل عين الرهن ولا يكلف من قضى بعض حقه من الدين تسليم حصته حتى يقبض الباقى من الدين لان له ان يحبس كل الرهن حتى يستوفى البقية كما فى حبس المبيع وللمرتهن الذى فى يده الرهن ان يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذى فى عياله لان عينه امانة فى يده فصار كالوديعة والعبرة فى العيال للمساكنة لا للنفقة الا ترى ان المرأة اذا ارتهنت وسلمت الرهن الى زوجها لم يضمن والابن الكبير الذى لا يكون فى نفقته اذا ساكن الاب وخرج الاب عن المنزل وترك المنزل عن الابن لم يضمن كذا فى العناية فان حفظه المرتهن بغيرهم او اودعه عند غيرهم ضمن جميع قيمته لانه ما رضى الا بحفظه والناس يختلفون فيه فكان مخالفا بخلاف زوجته وولده وخادمه الذين فى عياله لان الانسان انما يحفظ ماله غالبا بهؤلاء فيكون بالرضا بحفظه رضاء بحفظهم ولانه لا بد له من ذلك لانه لا يمكنه ملازمة البيت واستصحاب الرهن فصار الحفظ بهؤلاء معلوما له فلا يضمن وكذا اى يضمن اذا تعدى المرتهن فيه اى فى الرهن باللبس او الركوب والسكنى والاستخدام بغير اذن يضمن بجميع قيمته ضمان الغصب لانه غير مأمور بذلك من جهة المالك والزيادة على قدر الدين امانة والامانات تضمن بالتعدى او جعل الخاتم المرهون فى خنصره بكسر الصاد وبفتح الاصبع الصغرى لانه استعمال غير مأذون فيه وليس بحفظ وهو المأذون فيه واليمنى واليسرى فى ذلك سواء لان العادة فيه مختلفة فان

اى لان كان الراهن ... صح

جعله اى الخاتم فى اصبع غيرها اى غير الخنصر فلا اى لايضمن كل قيمته بل بمقدار الدين الزائد امانة وقد هلكت بلا تعد فلا يضمن
وذلك لانه لايلبس يجعل فى غير الخنصر عادة فكان من باب الحفظ هذا اذا كان المرتهن رجلا وان كان امرأة
ضمن لان النساء تلبس كذلك فيكون من باب الاستعمال ذكره فى التبيين ومثل العمامة والطيلسان انه
لبسا معتادا كما اذا وضعه على الرأس ضمن وان وضعه على عاتقه لم يضمن ولو رهنه سيفين او ثلاثة
فتقلدها لم يضمن فى الثلاثة وضمن فى السيفين لان العادة جرت بين الشجعان بتقلد السيفين
فى الحرب ولم تجر بتقلد الثلاث وان لبس خاتما فوق خاتم ان كان ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن وان كان
لايتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن وعليه اى على المرتهن مؤنة حفظه اى الرهن ومؤنة رده الى يده او رد جزء منه
كاجرة بيت حفظه وحافظه اما جعل الآبق والمداواة والفداء من الجناية فينقسم على المضمون والامانة ومؤنة تبقيته
واصلاحه على الراهن كالنفقة والكسوة واجرة الراعى واجرة ظئر ولد الرهن وسقى البستان وتلقيح نخله وجداده
والقيام بمصالحه الاصل ان ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان فى الرهن فضل او لم يكن
لان العين باق على ملكه وكذلك منافعه مملوكة له فيكون اصلاحه وتبقيته عليه لما انه مؤنة ملكه كما فى الوديعة وذلك
مثل النفقة فى مأكله ومشربه واجرة الراعى فى معناه لانه كعلف الحيوان فان ابى الراهن فالقاضى يأمر المرتهن
بان ينفق عليه فان قضى الدين فللمرتهن ان يحبس الرهن حتى يستوفى النفقة وان هلك الرهن بعد ذلك
لاشئ على الراهن فى قول زفر وقال ابو يوسف النفقة دين على الراهن ومن ذلك الجنس كسوة الرقيق
واجرة ظئر ولد الرهن وكرى النهر وسقى البستان الرهن وتلقيح نخيله وجداده والقيام بمصالحه وكل ما
كان لحفظه او رده الى يد المرتهن او رد جزء منه فهو على المرتهن مثل اجرة الحافظ لان الامساك حق له والحفظ
واجب عليه فيكون بدله عليه وقال فى شرح الطحاوى لو شرط الراهن للمرتهن شيئا على حفظه لايصح بخلاف
الوديعة انتهى وكذلك اجرة البيت الذى يحفظ فيه الرهن فى ظاهر الرواية وعن ابى يوسف ان كراء المأوى على
الراهن بمنزلة النفقة لانه سعى فى تبقيته ومن هذا القسم جعل الآبق فانه على المرتهن لانه يحتاج الى اعادة يد الاستيفاء
التى كانت له ليرده فكانت من مؤنة الرد فيلزمه وهذا اذا لم تكن قيمة الرهن اكثر والا فعلى المرتهن بقدر المضمون
وعلى الراهن بقدر الزيادة لانه امانة فى يد المرتهن والرد لاعادتها اليه ويده فى الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع فيها فلذا
يكون جعل الزيادة على المالك وهذا بخلاف اجرة بيت الحفظ فان كلها يجب على المرتهن وان كانت قيمة المرهون اكثر
من الدين لان وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس فى الكل ثابت له فاما جعل الآبق فانما يلزمه لاجل الضمان
فيتقدر بقدر المضمون ومداواة الجراح والقروح ومعالجة الامراض والفداء من الجناية ينقسم على المضمون والامانة والخراج
على الراهن خاصة لانه من مؤن الملك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين بخلاف حقه فانه يتعلق به
بالرهن من حيث المالية لا من حيث العين والعين مقدم على المالية فكذا ما يتعلق بالعين يقدم على ما يتعلق
بالمالية ثم لا تبطل الرهن فى الباقى لان وجوب العشر لاينافى ملكه فى جميع ما رهنه الا ترى انه لو باعه جاز ولو ادى
العشر من موضع آخر جاز فصح الرهن فى الكل ثم خرج جزء معين فلم يتمكن الشيوع فى الرهن لا مقارنا ولا طاريا
بخلاف الاستحقاق لان المستحق ملك الغير فلم يصح الرهن فيه وكذا فيما وراءه لانه مشاع كذا فى العناية ثم الرهن يمنع
وجوب الزكوة فان من كان له ابل سائمة مرهونا بدين عليه فحال الحول فانه لايجب الزكوة والرهن لايمنع وجوب العشر
لانه يمكن بسبب الدين النقصان فى الملك فى الموضعين الا ان نقصان الملك يمنع وجوب الزكوة دون العشر والخراج

دليله

دليله ملك المكاتب كذا فى الخبازى وما اداه احدهما مما وجب على صاحبه من اجرة وغيرها بلا امر فهو متبرع لانه قضى دين
غيره بغير امره وما اداه مما وجب على صاحبه بامر القاضى يرجع به على صاحبه كما اذا كان بامر صاحبه لعموم ولاية القاضى
وعن ابى حنيفة انه لايرجع اذا كان صاحبه حاضرا وان كان بامر القاضى لانه لايصير محجورا عليه وهو لايراه بخلاف
حال غيبته لان فيها ضرورة وعندهما لما نفذ حجر القاضى على الحر كان نافذا حال غيبته وحضرته وهو فرع مسئلة
الحجر باب ما يجوز ارتهانه والرهن به وما لا يجوز لا يصح رهن المشاع لعدم كونه مميزا وان كان مما
لايحتمل القسمة كرهن المشاع القابل للقسمة وغيره فاسد يتعلق به الضمان اذا قبض وقيل باطل لايتعلق به ذلك
وليس بصحيح لان الباطل منه هو فيما اذا لم يكن مالا او لم يكن المقابل به مضمونا وما نحن فيه ليس كذلك لان الحكم
بكون الباطل منحصرا فيما ذكره بناء على ان القبض شرط تمام العقد واما اذا كان شرط الجواز لم ينحصر وقال الشافعى
هو جائز لان حكم الرهن عنده تعينه للبيع والمشاع عين يجوز بيعه فحكم الرهن يجوز فى المشاع واذا كان الحكم
متصورا كان مفيدا ولنا ان العقود شرعت لاحكامها فاذا فات الحكم كان العقد غير معتبر وحكم الرهن عندنا
ثبوت يد الاستيفاء وهذا فى المشاع غير متصور لان اليد تثبت على معين والمرهون من المشاع غير معين
فتكون اليد ثابتة على غير المرهون وفيه فوات حكمه وايضا الرهن يلزمه الحبس الدائم وفى المشاع يفوت الدوام
لانه لابد من المهاياة فيصير كما اذا قال رهنتك يوما ويوما لا ولهذا لايجوز فيما يحتمل القسمة وما لايحتملها بخلاف الهبة
حيث تجوز فيما لايحتمل القسمة لان حكم الهبة الملك والمشاع يقبله وحكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء والمشاع
لايقبله وان كان لايحتمل القسمة او كان من الشريك لانه لايقبل حكمه على الوجه الاول وعلى الوجه الثانى ايضا
يحبس يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن فيصير كانه رهن يوما ويوما لا ولو طرأ الشيوع فسد وصورة الشيوع الطارى
ان يرهن الجميع ثم يتفاسخا فى البعض او اذن الراهن للعدل ان يبيع الرهن كيف شاء فباع نصفه فانه يمنع
بقاء الرهن فى رواية الاصل خلافا لابى يوسف حيث لايمنع عنده لان حكم البقاء اسهل من حكم الابتداء فاشبه
الهبة وجه الاول ان الامتناع لعدم المحلية وما يرجع اليه فالابتداء والبقاء سواء كالمحرمية فى باب النكاح بخلاف
الهبة لان المشاع يقبل حكمها وهو الملك وانما اعتبار القبض فى الابتداء لنفى الغرامة وهى فيما يقسم ولا حاجة الى
اعتباره فى حالة البقاء ولهذا يصح الرجوع فى بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد فى بعض الرهن ولا يصح رهن الثمر
على الشجر بدون الشجر ولا رهن الزرع فى الارض بدونها اى بدون الارض ولا الشجر والارض مشغولين بالثمر
والزرع اى لايصح رهن الشجر مشغولا بالثمر ولا رهن الارض مشغولا بالزرع لان الاتصال يقوم بالطرفين
والاصل الجامع ان اتصال المرهون بغير المرهون يمنع جواز الرهن لانتفاء القبض فى المرهون وحده لاختلاطه بغيره
وعن ابى حنيفة ان رهن الارض بدون الشجر جائز لان الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الاشجار بمواضعها بخلاف
ما اذا رهن الدار دون البناء لان البناء اسم للمبنى فيصير راهنا جميع الارض وهى مشغولة بملك الراهن ولو رهن
الشجر بمواضعها او الدار بما فيها جاز لان هذه مجاورة وهى لاتمنع الصحة ولو كان فيه ثمر يدخل فى الرهن لانه تابع لاتصاله
به فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف البيع لان بيع النخل بدون الثمر جائز ولا ضرورة الى ادخاله من غير ذكره بخلاف
ما اذا رهن دارا مشغولة بامتعة الراهن حيث لم يصح الرهن لانها لما لم تكن تابعة للدار لم تدخل فى رهنها من غير
ذكر ما ينفى القبض الا يرى انه لو باع الدار بكل قليل وكثير هو فيها او منها لم تدخل الامتعة بخلاف ما لو باع النخيل
بكل قليل وكثير هو فيها او منها فانه يدخل الثمار فتدخل فى الرهن لاتصالها بها خلقة وكذا يدخل الرطبة فى رهن الارض

ولا تدخل في البيع لما ذكرنا في الثمرة ويدخل البناء والغرس في رهن الارض والدار والقرية ولو رهن الدار بما فيها
جاز ولو استحق بعض الرهن ان كان الباقي بحال يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنا بحصته والا بطل
كله لان الرهن جعل كانه ما ورد الا على الباقي ويمنع التسليم كون الراهن او متاعه في الدار المرهونة وكذا متاعه
في الوعاء المرهون ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلقي الحمل لانه شاغل لها بخلاف ما اذا رهن الحمل دونها
حيث يكون رهنا تاما اذا دفعها اليه لان الدابة مشغولة به فصار كما اذا رهن متاعا في دار او وعاء دون
الدار والوعاء بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة او لجاما في رأسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث
لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه اليه لانه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل حتى قال المشايخ اذا رهن دابة
عليها سرج او لجام دخل ذلك في الرهن من غير ذكر تبعا ولا يجوز رهن الحر والمدبر المطلق وام الولد والمكاتب
لان حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية في الحر وقيام المانع
في الباقين لحق الحرية ولهذا لو طرأت هذه التصرفات ابطلته فاذا كانت مقارنة منعته ولا بالامانات كالودائع
والعواري والمضاربات ومال الشركة لان القبض في باب الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض
مضمونا ويتحقق استيفاء الدين منه ولا بالدرك وهو رجوع المشتري بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع
وصورة الرهن بذلك ان يبيع شيئا ويسلمه الى المشتري فيخاف المشتري ان يستحقه احد فيأخذ من البائع رهنا
بالثمن لو استحقه احد وهو باطل حتى لا يملك المرتهن حبس الرهن ان قبضه قبل الوجوب استحق المبيع او لا واما
الكفالة بالدرك فجائزة وقد عرف الفرق ان الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب واضافة التمليك
الى زمان في المستقبل لا يجوز واما الكفالة فلالتزام المطالبة والتزام الافعال يصح مضافا الى المال كما في الصوم والصلوة
ولهذا تصح الكفالة بما ذاب له على فلان ولا يصح الرهن به ولو قبضه قبل الوجوب فهلك عنده يهلك امانة لانه لا عقد
حيث وقع باطلا كذا في الهداية وشروحها ولا بما هو مضمون بغيره والمراد بها لا يكون مضمونا بالمثل او بالقيمة اعلم ان
الرهن لا يخلو اما ان كان بدين وهو المثل او بعين وهو غير مثل فان كان بدين جاز على كل حال باي وجه ثبت سواء
سواء كان من الاثمان او من غيرها وان كان بعين فهو على وجهين مضمونة وغير مضمونة فالعين المضمونة ايضا
على وجهين مضمونة بنفسها ومضمونة بغيرها اما الاعيان الغير المضمونة فالامانات لا يصح الرهن بها كما مر آنفا واما
الاعيان المضمونة بغيرها فهي كالمبيع في يد البائع لا يجوز الرهن بها لانه لا يجب بهلاكه شيء حتى يستوفى من الرهن لانه اذا
هلك المبيع يبطل البيع ويسقط الثمن فصار كما ليس بمضمون ولا بالكفالة بالنفس لتعذر الاستيفاء ولا بالقصاص
في النفس وما دونها لتعذر الاستيفاء بخلاف ما اذا كانت الجناية خطاء لان استيفاء الارش من الرهن ممكن
ولا بالشفعة صورته ان يطلب الشفيع الشفعة ويقضي القاضي بذلك فيقول للمشتري اعطني رهنا بالدار المشفوعة
فانه لا يجوز الرهن بتلك الشفعة لان المبيع غير مضمون على المشتري ولا باجرة النائحة والمغنية فلو ضاع الرهن
لم يكن مضمونا لانه لا يقابله شيء مضمون الا يرى انهما لو ترافعا الامر الى القاضي قبل الرهن فانه لا يأمر المستأجر بتسليم
الاجر ولا بالعبد الجاني والمديون لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك لا يجب عليه شيء ثم اذا لم يصح الرهن في هذه
الصور فللراهن ان يأخذ المرهون من المرتهن ولو هلك المرهون في يد المرتهن قبل الطلب هلك بلا شيء اذ لا حكم
للباطل فبقي القبض باذن المالك ولا يجوز للمسلم رهن الخمر والخنزير من   لتعذر الايفاء والاستيفاء
في حق المسلم ولا يضمن له مرتهنها لو للمسلم ولو كان مرتهنها ذميا كما لا يضمنها بالغصب من المسلم ويضمنها

هوای

هو ای الذمی لو ارتهنها من ذمی كما اذا غصبها ضمان للخمر لانها مال في حق اهل الذمة بخلاف الميتة فانها ليست بمال
عندهم فلا يجوز رهنها ولا ارتهانها بينهم كما لا يجوز فيما بين المسلمين ويصح الرهن بالدين كما مر فلو كان الدين
موعودا ثم يجعل كالموجود باعتبار الحاجة فان الاول يحتاج الى استقراض شيء وصاحب المال لا يعطيه قبل قبض الرهن
فيجعل الدين الموعود كالموجود احتياطا لامر الحاجة على الاستقراض بان رهن شيئا ليقرضه كذا درهما او
دينارا او غيرهما فلو هلك ذلك الرهن في يد المرتهن لزمه دفع ما وعد من الدراهم او غيرها ان كان الموعود
مثل قيمته ای قيمة الرهن او اقل لانه جعل ذلك الدين الموعود كالموجود احتياطا لا لجواز دفعا للحاجة عن المستقرض
فان الرجل يحتاج الى استقراض شيء وصاحب المال لا يعطيه قبل قبض الرهن فمست الحاجة الى اعطاء
الرهن قبل قبض الدين ولانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجود الدين والمقبوض بحكم الشيء
حكم ذلك الشيء كالمقبوض على سوم الشراء حتى يهلك بما سمي من المال بمقابلته ويجب على المقرض ايفاء ما وعد
هذا اذا ساوى قيمته ما استقرضه وكان المسمى اقل من قيمته بخلاف ما اذا كان اكثر من قيمته حيث لا يكون
مضمونا بالدين بل بالقيمة فان قيل قياس هذا بالمقبوض على سوم الشراء غير صحيح لان الواجب فيه القيمة ولكن
فيه الموعود فالجواب ان التساوي بين المقيس والمقيس عليه في جميع الوجوه ليس بلازم واعتبار وجه من
حيث انه يهلك مضمونا لا امانة واما الفرق بينهما من حيث وجوب القيمة والموعود فباعتبار ان ضمان الرهن
ضمان استيفاء الدين حيث جعل الدين موجودا فيتقدر بقدره وضمان المبيع ضمان ابتداء اذ ليس للبائع
على المشتري شيء قبل البيع فيجعل مضمونا بالقيمة عند تعذر ايجاب المسمى كضمان الغصب ويصح الرهن برأس مال
السلم وثمن الصرف وبالمسلم فيه وقال زفر لا يصح لان حكم الرهن الاستيفاء واخذ الرهن عن هذه الاشياء
ليس باستيفاء لعدم المجانسة فكان استبدالا وباب الاستبدال فيها مسدود وقلنا هو استيفاء لوجود
المجانسة من حيث المالية واما عين الرهن فهو امانة عنده حتى لو كان الرهن عبدا فمات كان كفنه على الراهن
والاعيان من حيث المالية جنس واحد فان هلك الرهن برأس مال السلم او ثمن الصرف في مجلس العقد فقد تم
حكما يعني تم السلم والصرف وصار المرتهن مستوفيا لتحقق القبض حكما فان افترقا قبل النقد والهلاك اي وقبل الهلاك
الرهن تبطل العقد لفوات القبض حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر واما حكما فلان المرتهن انما يصير قابضا
بالهلاك وكان بعد التفرق والرهن بالمسلم فيه رهن ببدله اذا فسخ فيكون لرب السلم ان يحبس الرهن
حتى يقبض رأس المال وذلك لان رأس المال بدل المسلم فيه وبدل الشيء يقوم مقامه كالرهن بالمغصوب
اذا هلك فانه رهن بقيمته هذا جواب الاستحسان وفي القياس ليس له ان يحبسه لان ذلك الرهن كان بالمسلم
فيه وقد سقط ورأس المال دين آخر واجب بسبب آخر وهو القبض فلا يكون رهنا به كما لو كان له على آخر عشرة
دراهم ودنانير فرهن بالدنانير رهنا ثم ابراء المرتهن عن الدنانير فانه لا يكون رهنا بالدراهم والجواب ان الدراهم
ليست بدلا عن الدنانير بخلاف المسلم وهلاكه بعد الفسخ هلاك بالاصل يعني هلاك الرهن في يد رب السلم بعد
التفاسخ هلاك بالطعام المسلم فيه حتى لو ثبوت لرب السلم مطالبة المسلم اليه بالطعام لانه رهن به وان كان
محبوسا بغير المسلم فيه وهو رأس المال لكن باع عبدا وسلم المبيع واخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له ان يحبسه
لاجل المبيع لان الثمن بدله فلو هلك المرهون يهلك بالثمن لكون الثمن بدلا عنه وكذا لو اشترى عبدا شراء
فاسدا وادى ثمنه ثم اراد فسخه فللمشتري ان يحبس العبد لاستيفاء الثمن لان العبد هناك بمنزلة الرهن

عند المشتري لاستيفاء ثمنه من البائع فان هلك المشتري العبد المحبوس في يده هلك بقيمته ولا يكون هلاكا برأس
المال فعلى المرتهن وهو رب السلم ان يعطي مثل الطعام الذي كان على المسلم اليه ويأخذ رأس المال بهلاك الرهن
في يد رب السلم بعد التفرق صحيح لان بقبض الرهن صارت ماليته مضمونة بطعام السلم وقد بقي حكم الرهن الى ان
يهلك فصار بهلاك الرهن مستوفيا طعام السلم ولو استوفاه حقيقة قبل الاقالة ثم تقايلا او بعد الاقالة
لزمه رد المستوفى واسترداد رأس المال فكذلك هاهنا وهذا لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل الفسخ بعد
ثبوتها فهلاك الرهن لا يبطل الاقالة كذا في العناية ويصح الرهن بالاعيان المضمونة بنفسها اي المضمونة عند الهلاك
بالمثل في المثلي وبالقيمة في القيمي فان قلت ما وجه قول القدوري في المختصر ولا يصح الرهن الا بدين مضمون قلت وجهه
ما ذكر في الهداية ان الموجب الاصلي في ضمان الاعيان هو القيمة ورد العين مخلص على ما عليه اكثر المشايخ والقيمة دين
ولهذا يصح الكفالة بالعين المضمون بنفسه وتوصيفه بالمضمون مع ان الدين لا يكون الا كذلك للاشارة الى
السبب المجوز فيجوز الرهن على ما ذكر في شرح الزاهدي كالمغصوب والمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن
دم عمد وبدل الصلح عن انكار وان اقر المدعي بعدم الدين لانها مضمونة ضمانا صحيحا يمكن استيفاء الدين
من رهنها ولو رهن الاب لدينه عبد طفله احتراز عن الابن الكبير فانه لا يجوز للاب ان يرهن عبده بدين نفسه
الا باذن الابن جاز لانه يملك الايداع وهذا انظر في حق الصبي منه لان قيام المرتهن بحفظه ابلغ خيفة الغرامة
ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة تهلك امانة وكذا الوصي لانه بمنزلة الاب في هذا الباب لما بينا انه انظر للصبي
وعن ابي يوسف وزفر انه لا يجوز ذلك منهما وهو القياس اعتبارا بحقيقة الايفاء وجه الفرق على الظاهر
وهو الاستحسان ان في حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال وفي الرهن نصب حافظ
لماله ناجزا مع بقاء ملكه فوضح الفرق فان هلك العبد في يد المرتهن لزمهما اي الاب والوصي لقضائهما
دينا في ذمتهما بمال الصغير مثل ما سقط به اي بالرهن من دينهما فيضمن الاب والوصي للصغير قيمة الرهن
ان كانت مثل الدين وان كانت القيمة اكثر ضمنا مقدار الدين دون الزيادة لانهما فيها مودع ولهما
ولاية في ذلك وكذلك لو سلطا المرتهن على بيعه لانه توكيل بالبيع وهما يملكانه قالوا واصل هذه المسئلة
البيع فان الاب او الوصي اذا باع مال الصبي من غريم نفسه جاز وتقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما وعند ابي يوسف
لا تقع المقاصة بل يبقى دين الغريم على الاب كما كان ويصير للصبي الثمن على المشتري وكذلك وكيل البائع بالبيع
والرهن نظير البيع نظرا الى عاقبته من حيث وجوب الضمان واذا رهن الاب متاع الطفل من نفسه يريد
به بيان جواز ان يكون الاب راهنا ومرتهنا بالنسبة الى مال واحد وصورته ان يكون له دين على ابنه الصغير فيأخذ
شيئا رهنا من متاعه فيكون راهنا من جهة ابنه ومرتهنا لذاته او من ابن آخر صغير له او من عبد له اي للاب تاجر
لا دين عليه اي على هذا العبد التاجر قيد به لان الشبهة على ذلك التقدير اما اذا كان عليه دين فلا شك في جوازه وذلك
لانه يجوز من الوصي فلان يجوز من الاب اولى صح لان الاب لوفور شفقته انزل منزلة شخصين واقيمت عبارته
مقام عبارتين في هذا العقد كما في بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفي العقد ثم جعلنا رهنه من عبده الذي
لا دين عليه في فصلي الاب والوصي كرهنه من نفسه الا انه لو رهن الاب من نفسه جاز فكذا اذا رهن من عبده
والوصي لو رهن من نفسه لم يجز فكذا من عبده وهذا بناء على ان بيع الاب ماله من نفسه جائز وان لم يكن
في ذلك منفعة ظاهرة بان باع بمثل القيمة من نفسه فكذا جاز رهنه وان كان الرهن مضمونا بالقيمة واما بيع الوصي

من نفسه

من نفسه فلا يجوز عندهم جميعا بمثل القيمة فكذا رهنه من نفسه بخلاف الوصي فانه لو ارتهن متاع الصبي من نفسه
او من ابن له صغير او من عبد له تاجر لا دين عليه لم يجز وكذا لو رهن الوصي ماله من اليتيم بدين لليتيم عليه لانه وكيل
محض والواحد لا يتولى طرفي عقد الرهن كما لا يتولاهما في البيع والوصي قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه
ولم تجعل ذاته كذاتين وعبارته كعبارتين الحاقا له بالاب بخلاف ابنه الكبير وابيه وعبده الذي عليه دين لانه لا ولاية
له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع من ابنه الكبير او ابيه او عبده المديون فانه لا يجوز لانه متهم فيه كما لا يجوز ان
يبيعه من نفسه ومن ابنه الصغير وعبده الذي لا دين عليه اذ التهمة شاملة في الكل ولا تهمة في الرهن لان له
حكما واحدا وهو كونه مضمونا بالاقل من قيمته ومن الدين وبهذا المعنى لا يختلف بين رهنه من هؤلاء بخلاف
البيع لاشتماله على اثمان مختلفة كذا في شروح الهداية ولو استدان الوصي لليتيم في كسوته او طعامه ورهن
به متاعه اي متاع اليتيم صح لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع ايفاء للحق فيجوز وكذلك لو اتجر لليتيم
فارتهن او رهن لان الاولى له التجارة تثميرا لمال اليتيم فلا يجد بدا من الارتهان والرهن لانه ايفاء واستيفاء
وليس للطفل اذا بلغ نقض الرهن في شيء من ذلك ما لم يقض الدين يعني اذا رهن الاب متاع الصغير سواء
كان لنفسه او للصغير فبلغ ليس له ان يسترد الرهن حتى يقضي الدين لوقوعه لازما من جانبه اذ تصرف الاب
بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه ثم اذا كان الاب رهنه لنفسه فقضاه الابن رجع بما قضى في مال
الاب لانه مضطر فيه لحاجته الى احياء ملكه فاشبه معير الرهن وكذلك اذا هلك قبل ان يفتكه لان الاب يصير
قاضيا دينه بمال الابن فله ان يرجع عليه ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على امرين
جائزين فان هلك ضمن الاب حصته من ذلك للولد لايفائه دينه من ماله بهذا المقدار وكذلك الوصي وكذا
الجد اب الاب اذا لم يكن الاب او وصي الاب ولو رهن الوصي متاعا لليتيم في دين استدانه عليه وقبض
المرتهن المتاع ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي فانه خرج من الرهن وهلك من مال اليتيم
لان فعل الوصي كفعل اليتيم بنفسه بعد البلوغ لانه استعاره لحاجة اليتيم والحكم فيه انه كما لو كان اليتيم بالغا
فرهن متاعه بنفسه ثم استعاره من المرتهن فهلك في يده لم يسقط الدين لان عند هلاك الرهن يصير المرتهن
مستوفيا ولا يمكن ان يجعل مستوفيا لدينه باعتبار يد المديون واذا لم يسقط الدين بهلاكه رجع المرتهن على الوصي
ويطالبه بالدين كما كان يرجع به قبل الرهن ثم يرجع به الوصي على اليتيم وقد ضاع العين من مال اليتيم لانه استعاره
لحاجة اليتيم ولو استعاره الوصي لحاجة نفسه ضمنه للصبي لانه متعد اذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه
واذا اقر الاب والوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لانه لا يتصور غصبه لما ان له ولاية الاخذ كذا في
الهداية ولو رهن شيئا بثمن عبد فظهر حرا او بثمن خل فظهر خمرا او بثمن ذكية فظهرت ميتة فالرهن مضمون يعني
بالاقل من قيمته ومن قيمة الرهن لانه رهنه بدين واجب ظاهرا اذ الامر ان البائع على المشتري لو اختصما الى القاضي
قبل ظهور الحرية والاستحقاق فالقاضي يقضي بالثمن ووجوب الدين ظاهرا يكفي لصحة الدين ولصيرورته مضمونا
وكذا اذا قتل عبدا ورهن بقيمته رهنا ثم ظهر انه حر وهذا كله في ظاهر الرواية وكذا اذا صالح على انكار ورهن بما صالح
عليه رهنا ثم تصادقا ان لا دين فالرهن مضمون في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف خلاف ذلك وجاز رهن
الذهب والفضة وكل مكيل وموزون لانه يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا للرهن فان رهنت بجنسها
فهلاكها بمثلها من الدين ولا عبرة للجودة وعندهما هلاكها بقيمتها ان خالفت وزنا فتضمن بخلاف الجنس

وتجعل رهنا مكان الهالك لما انه لو اعتبر الوزن بطل حق المرتهن في الجودة فيتضرر به المرتهن ولو اعتبر القيمة يؤدي الى الربوا فانه قد يصير العشرة مثلا مستوفاة بثمانية وهو ربوا فيضمن قيمته من خلاف جنسه فيجعل مكانه
كالمقبوض على سوم الشراء والمغصوب ولهما ان ضمان الرهن ضمان استيفاء وهو يكون بالوزن والجودة غير معتبرة
في الاموال الربوية ولهذا لو اخذ الداين زيوفا مكان الجياد يصير مستوفيا حقه كما مر في البيوع ومن شرى شيئا
على ان يعطي بالثمن رهنا بعينه او كفيلا بعينه صح استحسانا والقياس ان لا يصح وعلى هذا القياس والاستحسان
اذا باع على ان يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس فقبل وجه القياس انه صفقة في صفقة وهو منهي عنه ولانه شرط
لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما ومثله يفسد البيع ووجه الاستحسان انه شرط ملايم للعقد لان الكفالة والرهن
للاستيفاء وانه يلايم الوجوب فاذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى وهو ملايم
فصح العقد واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا او كان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة
لان جواز العقد استحسانا مع وجود الشرط انما كان بالنظر الى معناه واذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبا
فات معناه وهو الاستيثاق لان المشتري ربما يأتي بشيء يساوي عشر حقه او يعطي كفيلا غير ملي
وليس في ذلك من التوثق بشيء فبقي الاعتبار لعين الشرط فيفسد العقد فان امتنع المشتري عن
اعطائه اي الرهن لا يجبر عليه وقال زفر يجبر لان الرهن اذا شرط في البيع صار حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة
في الرهن فيلزمه بلزومه ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب الراهن ولا جبر على التبرعات ولكن
للبايع الخيار في فسخ البيع فان شاء رضي بترك الرهن وان شاء فسخ عقد البيع لانه وصف مرغوب
فيه وما رضي الا به فيتخير بفواته الا ان دفع المشتري الثمن حالا لحصول المقصود او دفع قيمة الرهن رهنا
لان يد الاستيفاء يثبت على المعنى وهو القيمة ومن اشترى شيئا وقال لبايعه امسك هذا الشيء سواء كان
الشيء المشترى او غيره حتى اعطيك الثمن فهو اي الشيء الممسك به رهن لانه اتى بما ينبئ عن معنى الرهن وهو
الحبس الى وقت اعطاء الثمن والعبرة في العقود للمعاني وعند ابي يوسف وزفر فهو وديعة لان قوله امسك
يحتمل الرهن والايداع والثاني اقلهما فيقضي بثبوته بخلاف ما اذا قال امسكه بثمنك او بدينك او بمالك لانه لما قابله
بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا لما مده اي الامساك الى وقت اعطاء الثمن علم ان مراده الرهن ولو رهن عبدين بالف
فليس له اخذ احدهما بقضاء حصته كالمبيع في يد البائع في ان المشتري اذا ادى حصة احدهما من الثمن في البيع لا يتمكن
من اخذه حتى يؤدي باقي الثمن فان سمى لكل واحد من اعيان الرهن شيئا كما لو رهن عبدين بالف كل عبد بخمسمائة
ثم قضاه خمسمائة فكذلك الجواب في رواية الاصل وفي الزيادات له ان يقبض اذا ادى ما سمى وجه الاول ان العقد
متحد لا يتفرق بتفرق التسمية كما في البيع ووجه الثاني انه لا حاجة الى الاتحاد لان احد العقدين لا يصير مشروطا في الآخر
الا ترى انه لو قبل الرهن في احدهما فلما تمكن المرتهن من تفريق القبول في الابتداء وجب ان يتمكن الراهن من تفريق
القبض في الانتهاء والحاصل ان الصفقة تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية فكانه رهن كل عبد بعقد على حدة
بخلاف البيع فانها لا تتفرق فيه بتفرق التسمية بدليل انه لو باع عبدين بالف كل واحد منهما بخمسمائة فقبل المشتري
العقد في احدهما دون الآخر لم يجز كما في حالة الاجمال وهذا لان البيع عقد تمليك والهلاك قبل القبض يبطله فبعد
ما نقد بعض الثمن لو تمكن من قبض بعض المعقود عليه ادى الى تفريق الصفقة قبل التمام بان يهلك ما بقي فينفسخ
البيع فيه بخلاف الرهن فانه بالهلاك في يد المرتهن ينتهي حكم الرهن لحصول المقصود به كما ان بالانفكاك ينتهي

حكم الرهن

حكم الرهن لحصول المقصود به كما ان بالانفكاك ينتهي حكم الرهن فلو تمكن الراهن من استرداد البعض عند قضاء بعض
الدين لم يؤد ذلك الى تفريق الصفقة لان اكثر ما فيه ان يهلك ما بقي فينتهي حكم الرهن فيه ولو رهن عينا واحدة
عند رجلين بدين لكل واحد منهما سواء كانا شريكين في الدين او لا وسواء كان الدينان من جنس واحد او من جنسين
مختلفين بان يكون دين احدهما دراهم ودين الآخر دنانير صح فكلها رهن عند كل واحد منهما لان الرهن اضيف
الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه وموجبه صيرورته محتبسا بالدين وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزي
فصار محبوسا بكل واحد منهما بخلاف الهبة من رجلين حيث لا تجوز عند ابي حنيفة والمضمون على كل واحد منهما حصته
دينه لان عند الهلاك يصير كل واحد منهما مستوفيا حصته اذ الاستيفاء مما يتجزى فان تهايئا في حفظها اي العين
المرهونة فكل في نوبته كالعدل في حق الآخر لان ارتهان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن الى الراهن فان قضى
المرتهن دين احدهما فكلها رهن عند الآخر لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق وعلى هذا حبس
المبيع اذا ادى احد المشترين حصته ولو رهن اثنان بدين عليهما من واحد صح وهذه عكس المسئلة التي تقدمت
والرهن رهن بكل الدين وللمرتهن ان يمسكه حتى يستوفي جميع حقه منهما لان قبض الرهن يحصل في
الكل من غير شيوع ولو ادعى كل من اثنين ان هذا رهن هذا الشيء منه وقبضه وبرهنا عليه بطل برهانهما لانه لا
يمكن القضاء لكل واحد منهما بالكل لان الشيء الواحد يستحيل ان يكون كله رهنا لهذا وكله رهنا لذلك في حالة واحدة
ولا القضاء بكله لواحد بعينه لعدم الاولوية ولا القضاء لكل منهما بالنصف لانه يؤدي الى الشيوع فتعذر العمل بهما و
تعين التهاتر فاذا وقع باطلا فلو هلك يهلك امانة لان الباطل لا حكم له ولو بعد موت الراهن قبلا يعني لو مات الراهن
والرهن في ايديهما فبرهن كل واحد من الاثنين البينة على الوجه المذكور قبل البرهانان ويحكم بكون الرهن مع كل واحد منهما نصفه
رهنا بحقه استحسانا وهو قول ابي حنيفة ومحمد وفي القياس هذا باطل للشيوع كما في حال الحيوة ووجه الاستحسان ان العقد
لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكمه في حال الحيوة الحبس والشيوع يضره وبعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين والشيوع
لا يضره وصار كما اذا ادعى الرجلان نكاح امرأة او ادعت اختان النكاح على رجل واقاما البينة تهاترت في حالة الحيوة

باب الرهن يوضع على يد العدل

ويقضى بالميراث بينهما بعد الممات لانه يقبل الانقسام كذا في الهداية لما فرغ من الاحكام
الراجعة الى نفس الراهن والمرتهن ذكر ما يرجع الى نائبهما وهو العدل لان حكم النائب يقفو حكم الاصل والمراد بالعدل
ههنا من رضي الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده سواء رضيا ببيعه الرهن عند حلول الاجل او لا ولو اتفقا
اي الراهن والمرتهن على وضع الرهن عند عدل صح وقال زفر وابن ابي ليلى لا يصح لان يد العدل يد المالك ولهذا
اذا هلك الرهن في يد العدل ثم استحق وضمن العدل قيمته يرجع على الراهن بما ضمن ولو لم يكن يده يد الراهن ما رجع
وهو كالمودع اذا ضمن قيمة الوديعة بعد الهلاك بالاستحقاق فانه يرجع على المودع لان يده يد مودعه ولنا ان
يده على الصورة يد المالك في الحفظ اذ العين امانة وفي حق المالية يد المرتهن لان يده يد ضمان والمضمون هو
المالية فنزل منزلة الشخصين تحقيقا لما قصداه من الرهن وانما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لانه نائب
عنه في حفظ العين كالمودع ويتم الرهن بقبض العدل ولهذا ليس لاحدهما اخذه منه بلا رضا الآخر لتعلق
حق الراهن في الحفظ بيده وامانته وتعلق حق المرتهن به استيفاء فلا يملك احدهما ابطال حق الآخر ويضمن العدل
بدفعه الى احدهما لانه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية واحدهما اجنبي عن الآخر والمودع
يضمن بالدفع الى الاجنبي واذا ضمن العدل قيمة الرهن بعد ما دفع الى احدهما وقد استهلكه المدفوع اليه او هلك

في يديه لا يقدر ان يجعل العدل القيمة رهنا في يد نفسه لانه يصير قاضيا ومقتضيا وبينهما تناف لكن يتفقان على ان يأخذها من العدل ويجعلاها رهنا عنده او عند غيره وان تعذر اجتماعهما يرفع احدهما اما الراهن او المرتهن الامر الى القاضي ليفعل ذلك فاذا جعلت القيمة رهنا برأيهما او برأي القاضي عند العدل الاول او عند غيره ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة للعدل لان كل ذي حق وصل الى حقه الراهن الى الرهن والمرتهن الى الدين فلو اخذا حدهما اجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد فان القيمة بدل الرهن من حيث العين في حق الراهن وبدله من حيث المالية في حق المرتهن وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة منه لان العين لو كان قائما في يده اخذه اذا ادى الدين فكذا ما يقوم مقامه ولا جمع فيه بين البدل والمبدل وهل يرجع العدل بعد ذلك على المرتهن ينظران كان العدل دفعه على وجه العارية او الوديعة وهلك في يد المرتهن لا يرجع وان استهلك يرجع عليه لان العدل باداء الضمان ملكه وتبين انه اعار او اودع ملك نفسه فان هلك في يده لم يضمن وان استهلك ضمن وان كان العدل دفع الى المرتهن رهنا بان قال هذا رهنك خذه واحبسه بدينك رجع العدل عليه بقيمته استهلكه المرتهن او هلك عنده لانه دفع اليه على وجه الضمان كذا في العناية وهلاكه اى الرهن في يده اى العدل على المرتهن كما عرفت ان يد العدل في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة فان وكل الراهن العدل او المرتهن او غيرهما ببيعه عند حلول الدين صح توكيله لانه توكيل ببيع ماله وان لم يكن البيع شرطا في عقد الرهن ثم سلط المرتهن او العدل صح التوكيل وللراهن ان يفسخ هذه الوكالة ويمنعه من البيع ولو مات الراهن يبطل الوكالة وليس للمرتهن ان يطالب العدل بالبيع في هذا الوجه وعن ابي يوسف ان هذه الوكالة لا تبطل كالمشروطة في العقد وهو الصحيح فان شرطت الوكالة في عقد الرهن لا ينعزل ذلك الوكيل بالعزل اى بعزل الراهن بدون رضى المرتهن لانها لما شرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفا من اوصافه وحقا من حقوقه الا ترى ان عقد الوكالة لزيادة الوثيقة فتلزم بلزوم اصله وهو عقد الرهن فلو وكل بعد الرهن انعزل بالعزل وهذا في ظاهر الرواية وقال شيخ الاسلام الصحيح انه لم ينعزل كما في الذخيرة لكن الصحيح انه انعزل كما في قاضي خان ذكره القهستاني ولا بموت الراهن او المرتهن لان الرهن لا يبطل بموتهما ولا بموت احدهما فيبقى بحقوقه التي هي الحبس للاستيفاء والوكالة واوصافه التي هي اللزوم وجبر الوكيل وحق بيع ولد الرهن وحق صرف الدراهم بالدنانير كذا في النهاية وله اى للوكيل بيعه بيعه اى الرهن بغيبة ورثته اى ورثة الراهن كما كان له بيعه حال حيوته بغير محضر منه وتبطل الوكالة بموت الوكيل والرهن باق كما كان لان الرهن لو كان في يد المرتهن فمات لم يبطل العقد به فلان لا يبطل بموت الوكيل اولى ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا يجري فيها الارث فلان الموكل رضي برأيه لا برأي غيره وعن ابي يوسف ان وصي الوكيل يملك بيعه لان الوكالة لازمة فيملكه الوصي كالمضارب اذا مات بعد ما صار رأس المال عينا يملك وصي المضارب بيعها الا انه لازم بعد ما صار اعيانا قلنا التوكيل حق لازم لكن على الوكيل والارث يجري فيما له لا فيما عليه الا يرى ان الميت اذا كان عليه دين لا يجب على ورثته الميت قضاؤه وان كان له دين على غيره ورثوه بخلاف المضاربة لانها حق المضارب ولو وكله بالبيع مطلقا ملك الوكيل بيعه بالنقد والنسيئة عملا بالاطلاق فلو نهاه بعده اى بعد التوكيل به مطلقا عن بيعه نسيئة لا يعتبر نهيه لانه لازم باصله فكذا بوصفه كما ذكرنا وكذا لو عزله الراهن لا ينعزل لانه لم يوكله وانما وكله غيره ولا يبيع الراهن ولا المرتهن الرهن بلا رضى الآخر يعني ليس للراهن ان يبيع الرهن الا برضى المرتهن لان المرتهن احق بالية من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع ولا للمرتهن ان يبيعه

الا برضي

الا برضى الراهن لانه ملكه وما رضي ببيعه فان حل الاجل والراهن غائب اجبر الوكيل الذي في يده الرهن على بيعه يعني لو ابى الوكيل عن بيعه يحبس اياما حتى يبيعه فان لج بعد ما حبس اياما ذكر في الزيادات ان القاضي يبيع عليه وهو على قولهما ظاهر واما على قول ابي حنيفة فقد اختلف المشايخ فيه فقال بعضهم لا يبيع قياسا على مال المديون وقال آخرون يبيعه لان جهة البيع تعينت كما يجبر الوكيل بالخصومة عليها عند غيبة موكله لان في اباته اتواء الحق بخلاف الوكيل بالبيع لان الموكل يبيع لنفسه فلا يتوى حقه اما المدعي فلا يقدر على الدعوى والمرتهن لا يملك بيعه وكذا يجبر الوكيل لو شرطت الوكالة بعد عقد الرهن في الاصح يعني لو لم يكن التوكيل مشروطا في عقد الرهن وانما شرط بعده قيل لا يجبر لان التوكيل لم يصر وصفا من اوصاف الرهن فكانت مفردة كسائر الوكالات فقيل يجبر كيلا يتوى حقه وهذا اصح رواية ودراية اما الاول فلانه روي عن ابي يوسف ان الجواب في الفصلين اي فيما كان مشروطا في الرهن وفيما لا يكون كذلك واحد يعني يجبر فيهما ويؤيده اطلاق الجواب في الجامع الصغير والاصل واما دراية فلان مبنى القول الآخر على التعليل بالعدم وهو غير مقبول كذا في ايضاح ابن كمال قال قاضي خان وعن ابي يوسف ان هذه الوكالة لا تبطل كالمشروطة في العقد وهو الصحيح وليس للقاضي ان يبيع الرهن بدين المرتهن من غير رضى الراهن ولكن يحبس الراهن حتى يبيعه بنفسه عند ابي حنيفة وعندهما له ان يبيعه الا برضى الراهن [illegible] عليه فهي مسئلة الحجر على الحر وقد ذكرناها وكذا ليس للعدل ان يبيع الرهن كما ليس للراهن ولا للمرتهن ذلك كذا في البدائع وللمرتهن ان يبيع الرهن اذا خيف عليه الفساد باذن القاضي ويكون الثمن رهنا في يده وان باع بغير اذن القاضي كان ضامنا الكل في قاضي خان فان باعه اي الرهن العدل فقد خرج من الرهن لانه صار ملكا للمشتري وملكه لا يكون رهنا فثمنه يقوم مقامه فيكون رهنا وان لم يقبض العدل الثمن بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا فاذا توى كان من مال المرتهن لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون وهذا معنى قوله فهلاكه كهلاكه اي هلاك الثمن كهلاك المبيع المرهون وكذلك اذا قتل العبد المرهون وغرم القاتل قيمته تكون تلك القيمة رهنا مقام العبد المقتول لان المالك وهو المولى يستحق هذا الضمان من حيث المالية وان كان مقابلا بالدم حتى لا يزاد على دية الحر فاخذ حكم ضمان المال في حق المستحق وهو المولى فيبقى عقد الرهن وكذلك لو قتله عبد فدفع به لانه قائم مقام الاول لحما ودما فان اداه المرتهن يعني باع العدل الرهن فاعطى ثمنه المرتهن ثم استحق الرهن وكان هالكا فللمستحق ان يضمن الراهن قيمة الرهن لانه غاصب وحينئذ يصح البيع والقبض اي قبض الثمن لان الراهن ملكه باداء الضمان فتبين انه امره ببيع ملك نفسه او له ان يضمن العدل لانه متعد في حقه بالبيع والتسليم وفي صورة ضمان العدل نفذ البيع ايضا لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه باع ملك نفسه ثم العدل اي بعد اداء القيمة الى المستحق ان شاء ضمن الراهن بالقيمة لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ويصحان اي البيع والقبض فلا يرجع المرتهن على الراهن بشيء من دينه او ان شاء العدل ضمن المرتهن ثمنه لانه تبين انه اخذ الثمن بغير حق لانه ملك العبد باداء الضمان ونفذ بيعه عليه وهو اي الثمن له اي للعدل وانما اداه اليه على حسبان انه ملك الراهن فاذا تبين انه ملك العدل لم يكن راضيا باداء الثمن الى المرتهن فللعدل ان يرجع به عليه ويبطل القبض اي اذا رجع بطل قبض المرتهن فيرجع المرتهن على الراهن بدينه هذا اذا كان الرهن هالكا وان كان قائما في يد المشتري اخذه المستحق من يده لانه وجد عين ماله وبعد ذلك رجع المشتري على العدل بثمنه لانه العاقد فيتعلق به حقوق العقد والثمن من حقوقه

حيث وجب بالبيع وانما ادى المشترى الثمن الى العدل ليسلم للمشترى المبيع ولم يسلم ثم هو اى العدل
يرجع على الراهن به اى بالثمن لانه هو الذى ادخله فى العهدة فيجب عليه تخليصه واذا رجع عليه صح القبض اى قبض
المرتهن لان الثمن المقبوض من العدل سلم للمرتهن او يرجع العدل على المرتهن بالثمن الذى اداه اليه
لانه اذا انتقض العقد بالاستحقاق بطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب نقض قبضه ضرورة واذا رجع عليه
وانتقض قبضه عاد حقه فى الدين كما كان فيرجع المرتهن بحقه الذى هو دينه على الراهن وهذا معنى قوله ثم
المرتهن على الراهن بدينه ولو ان المشترى سلم الثمن الى المرتهن ثم استحق الرهن لم يرجع على العدل لانه
فى البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه اذا قبض ولم يقبض فبقى الضمان على الموكل وان لم يكن التوكيل مشروطا
فى الرهن فما لحق العدل من العهدة يرجع العدل على الراهن فقط سواء قبض المرتهن ثمنه او لم يقبض لانه لم يتعلق
بهذا التوكيل حق المرتهن فلا رجوع كما فى الوكالة المفردة عن الرهن اذا باع الوكيل ودفع الثمن الى من امره الموكل
ثم لحقته عهدة لا يرجع به على القابض بخلاف الوكالة المشروطة فى العقد لانه تعلق به حق المرتهن فيكون البيع
لحقه وان هلك الرهن عند المرتهن ثم استحق فالمستحق ان يضمن الراهن قيمته لانه متعد فى حقه بالتسليم
فيصير المرتهن مستوفيا لانه ملكه باداء الضمان فصح الايفاء وله ان يضمن المرتهن لانه متعد فى حقه
بالقبض ويرجع المرتهن بها اى بقيمته التى ضمنها ويرجع ايضا بدينه على الراهن اما بالقيمة فلانه مغرور من
جهة الراهن واما بالدين فلانه انتقض قبضه لان المرهون لم يكن ملك الراهن حتى يكون بهلاكه مستوفيا
فيعود حقه كما كان

باب التصرف فى الرهن وجنايته على غيره والجناية عليه

لا يخفى ان ذلك انما يتحقق بعد كونه رهنا فكان
متأخرا طبعا فاخره وضعا بيع الراهن الرهن موقوف فقد اختلف عبارة محمد فيه فى موضع قال بيع المرهون
فاسد وفى موضع قال جائز والصحيح انه جائز موقوف على اجازة المرتهن لتعلق حق الغير به وهو المرتهن
فيتوقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف فى ملكه كمن اوصى بجميع ماله يقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث
لتعلق حقهم به فان اجازه المرتهن نفذ لان التوقف لحقه وقد رضى بسقوطه او على قضاء الراهن دينه فاذا
قضاه زال المانع من النفوذ والمقتضى موجود وهو التصرف الصادر من الاهل فى المحل فان اجازه اى المرتهن بيع
الرهن صار ثمنه رهنا مكانه هو الصحيح وروى عن ابى يوسف انه ان شرط عند الاجازة ان يكون الثمن رهنا صار
رهنا والا فلا لان الراهن ملك الثمن بنفوذ البيع باجازة المرتهن بسبب جديد فلا يصير رهنا من غير شرط وجه الصحيح
ان حقه تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل وصار كالعبد المديون اذا بيع برضاء الغرماء ينتقل حقهم الى البدل
لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط راسا فكذا هذا وان لم يجز المرتهن بيعه وفسخ انفسخ فى رواية حتى
لو افتك الراهن الرهن لا سبيل للمشترى عليه لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك له ان يجيز
وله ان يفسخ ولا ينفسخ فى الاصح اى فى اصح الروايتين لانه لو ثبت حق الفسخ له انما يثبت ضرورة صيانة
حقه وحقه فى الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فبقى موقوفا فان شاء المشترى صبر الى ان يفتك الراهن الرهن
اذ العجز على شرف الزوال او ان شاء رفع الامر الى القاضى ليفسخه لفوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ
الى القاضى لا الى المرتهن لان الفسخ لقطع المنازعة وهو الى القاضى وصار كما اذا ابق العبد المشترى قبل
القبض فانه يتخير المشترى لفوات القدرة على التسليم ولو باع الراهن الرهن ولم يجزه المرتهن ثم باعه بيعا
ثانيا فالثانى موقوف كالاول لان الموقوف لا يمنع عن التوقف فلو اجاز المرتهن البيع الثانى جاز الثانى

ولو اجاز

ولو اجاز الاول جاز الاول ولو باع الراهن الرهن ثم اجر او رهن او وهب من غيره واجاز المرتهن هذه العقود
جاز البيع الاول والفرق مذكور فى الهداية وصح عتق الراهن الرهن يعنى اذا اعتق الراهن عبده المرهون نفذ
عتقه موسرا كان او معسرا عندنا وللشافعى اقوال شمول النفوذ وعدمه والفصل بين الموسر والمعسر قال فى المعسر
فى تنفيذه ابطال حق المرتهن فلا يجوز كالبيع بل اولى لانه اسرع نفوذا من العتق حيث جاز من المكاتب
دون العتق ولنا انه مخاطب اعتق ملك نفسه وكل من فعل ذلك صح كما اذا اعتق العبد المشترى قبل القبض
او الآبق او المغصوب وامتناع النفاذ فى البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم فاذا ثبت تحقق المقتضى
وانتفاء المانع نفذ الاعتاق فبطل الرهن لفوات محله وصح ايضا تدبيره بالاتفاق اما عندنا فظاهر لانه
يوجب حق القبض وحقيقته لم يمنع نحقها اولى واما عند الشافعى فلانه لا يمنع البيع فلا يبطل حق المرتهن واستيلاده
اتفاقا لان حق الراهن اقوى من حق الاب فى جارية الابن وقد صح ثمه فهنا اولى وحق المرتهن مجبور بالسعاية
او التضمين واذا صح التدبير والاستيلاد خرج المدبر وام الولد من الرهن عندنا لبطلان المحلية اذ لا يصح استيفاء
الدين منهما خلافا للشافعى فان المدبر لا يخرج من الرهن لقبوله حكم الرهن وهو البيع عنده فان كان الراهن موسرا
طولب بدينه ان كان دينه حالا لان طلب الاداء بالدين هو الواجب فى الديون الحالة ولانه لو طولب باداء القيمة
يقع المقاصة بقيد الدين فلا فائدة فيه واخذت قيمة الرهن لاجل ان يكون رهنا فجعلت رهنا مكانه الى زمان حلول
الاجل لقيامه مقام العبد المرهون لو كان الدين مؤجلا وذلك لان سبب الضمان متحقق وفى التضمين
فائدة فاذا حل الاجل اقتضاه بحقه اذا كان جنس حقه ورد الفضل وان كان الراهن معسرا سعى العبد المرهون
المعتق فى الاقل من قيمته ومن الدين لانه لما تعذر للمرتهن استيفاء حقه من الراهن ياخذه ممن ينتفع بالعتق
والعبد انما ينتفع بمقدار ماليته فلا يسعى فيما زاد على قيمته من الدين واذا كان الحاصل من السعاية بخلاف جنس
حق المرتهن فانه لا يقضى به دينه بل يبدل بجنس حقه ويقضى به المرهون ورجع المعتق به اى بما سعى على
سيده اذا ايسر لانه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه بخلاف المستسعى فى الاعتاق
لانه يؤدى ضمانا عليه لانه انما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما لتكميله وههنا يسعى فى ضمان على غيره
الراهن بعد تمام اعتاقه فصار كمعير الرهن ورجع المدبر وام الولد على سيده فى كل الدين لان كسبهما مال المولى
بخلاف المعتق حيث يسعى فى الاقل من الدين والقيمة لان كسبه حقه والمحتبس عند المرتهن ليس الا قدر القيمة
فلا يزاد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا يلزمه الزيادة بلا رجوع اى بلا رجوع المدبر وام الولد بما يؤديانه على المولى
بعد يساره لانهما اديا من مال المولى والمعتق يرجع لانه ادى ملكه عنه وهو مضطر على ما مر واتلافه اى اتلاف
الراهن الرهن كاعتاقه موسرا فيضمن قيمته لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف والضمان رهن فى يد
المرتهن لقيامه مقام العين وان اتلفه اى الرهن اجنبى ضمنه المرتهن قيمته لان المرتهن خصم فى تضمينه
وكانت القيمة رهنا مكانه لان المرتهن احق بعين الرهن حال قيامه فكذا فى استرداد ما قام مقامه والواجب
على هذا الاجنبى المتلف قيمته يوم هلك فان كان قيمته يوم اتلافه خمسمائة ويوم رهن الفا غرم خمسمائة وكانت
رهنا وسقط من الدين خمسمائة فصار الحكم فى الخمسمائة الزيادة كانها هلكت بآفة فتكون الزيادة مضمونة
على المرتهن والمعتبر فى ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الهلاك لان القبض السابق مضمون على المرتهن
لانه قبض استيفاء الا انه يتقرر عند الهلاك وان اعار المرتهن الرهن من راهنه ليخدمه او ليعمل له عملا فقبضه خرج

الرهن عن ضمانه اى من ضمان المرتهن للمنافاة بين العارية وبين الرهن لان قبض الرهن يوجب الضمان وقبض العارية لا يوجبه وفى ايجاب الضمان المرتهن بعد الاعارة يلزم الجمع بينهما وهو ممتنع وذلك لان الضمان انما يجب اذا كان يد الراهن بعد الاعارة يد المرتهن ويده اذ ذاك يد عارية وفى ذلك جمع بينهما لا محالة فاعتبرنا يد الراهن يد رهن للزوم عقد الرهن فلزمنا الضمان لفوات القبض الموجب له وهو محسوس لا يرد فان هلك فى يد الراهن هلك من غير شىء لفوات القبض المضمون وبرجوعه اى رجوع الرهن الى يد المرتهن يعود ضمانه لانه عاد القبض فى عقد الرهن فيعود بصفته وله الرجوع متى شاء يعنى للمرتهن ان يسترجعه الى يده متى اراد لان عقد الرهن باق الا فى حكم الضمان فى الحال الا ترى انه لو هلك الراهن قبل ان يرده على المرتهن كان المرتهن احق به من سائر الغرماء وهذا لان يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال الا ترى ان حكم ولد الرهن ثابت فى ولد الرهن وان لم يكن مضمونا بالهلاك ولو اعاره اخذهما باذن الآخر من اجنبى خرج من ضمانه ايضا لما قلنا من المنافاة فلو هلك الرهن فى يده اى فى يد الاجنبى المستعير هلك مجانا لهذه العلة ولكل واحد منهما اى من الراهن والمرتهن ان يرده رهنا كما كان لان لكل واحد حقا محترما فيه وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من اجنبى اذا باشرها احدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود الا بعقد مبتدأ فان مات الراهن قبل رده الى المرتهن فى صورة الاعارة فالمرتهن احق به من سائر الغرماء للمعير وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من اجنبى فانه لو مات الراهن قبل الرد الى المرتهن يكون المرتهن اسوة للغرماء لانه تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فتبطل بها حكم الرهن اما بالعارية فلم يتعلق به حق لازم فافترقا ذكره فى الهداية ولو استعاره المرتهن الرهن من راهنه واستعمله باذنه فهلك حال استعماله سقط ضمانه لثبوت يد العارية فهى مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان وان هلك قبل استعماله او بعده اى بعد الاستعمال بان يفرغ منه فلا يسقط الضمان لارتفاع يد العارية وجملة هذه التصرفات ستة العارية والوديعة والرهن والاجارة والبيع والهبة فالعارية توجب سقوط الضمان سواء كان المستعير الراهن او المرتهن اذا هلك حال الاستعمال او اجنبيا ولا يرفع عقد الرهن وحكم الوديعة كحكم العارية والرهن يبطل عقد الرهن واما الاجارة والمستأجر ان كان هو الراهن فهى باطلة وكانت بمنزلة ما لو اعاره منه وادعى فله ان يسترده وان كان هو المرتهن وجدد القبض للاجارة او اجنبيا بمباشرة احدهما العقد باذن الآخر بطل الرهن والاجرة للراهن وولاية القبض للعاقد ولا يعود رهنا الا بالاستيناف واما البيع والهبة فان العقد يبطل بهما اذا كانا من المرتهن او من اجنبى بمباشرة [illegible] احدهما باذن الآخر واما من الراهن فلا يتصور ثم لو اختلفا فى وقت الهلاك فالقول للمرتهن والبينة للراهن كذا فى العناية وصح استعارة شىء ليرهن فان اطلق المعير رهنه المستعير بما شاء من قليل او كثير عند من شاء عملا بالاطلاق وكان ذلك تبرعا من المعير باثبات ملك اليد فيعتبر باثبات ملك العين واليد جميعا كمن استاذن ان يقضى دينا عليه بماله والاطلاق واجب الاعتبار خصوصا فى الاعارة لان الجهالة فيها لا تفضى الى المنازعة لانه من التسليم والتسلم فانها هى المفسدة للعقد فصار كما اذا اعار ثوبا واطلق وان قيد المعير بقدر او جنس مرتهن او بلد يعتد به فلو عين المعير قدرا لا يجوز للمستعير ان يرهنه باكثر منه ولا باقل منه لفوات الغرض فان غرضه الاحتباس بما تيسر اداؤه ان احتاج الى فكاكه وهو اقل المالين فالزيادة زيادة ضرر وفى النقصان لان غرضه ان يستوفى اكثر المالين ان هلك الرهن عند المرتهن فان الراهن يرد عليه مثل ما تم الاستيفاء به بالهلاك ويفوت ذلك اذا رهن بالاقل وكذلك التقييد بالجنس وبالمرتهن وبالبلد لان كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالاضافة الى البعض

لعل بده

وتفاوت

وتفاوت الاشخاص فى الامانة والحفظ فى البلد فان خالف المستعير فى القيد المذكور فان شاء المعير ضمن المستعير ويتم عقد الرهن فيما بينه وبين مرتهنه لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه او ان شاء ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمنه وبدينه على الراهن المستعير لما بيناه فى الاستحقاق وان وافق المستعير فى القيد المذكور بان رهنه بمقدار ما امر به مثلا فان كان قيمته مثل الدين او اكثر وهلك عند مرتهنه صار مستوفيا تمام دينه لتمام الاستيفاء بالهلاك او مستوفيا قدر قيمة الرهن لو كان الرهن اى قيمته اقل من الدين ويطالب راهنه بباقيه ووجب للمعير على المستعير مثل الدين المسمى فى الصورة الاولى لا قيمة الرهن ان كانت اكثر لان الزيادة على قدر الدين عند الهلاك امانة فيما نحن فيه وهو ما اذا وافق المستعير المعير فيما شرط فلم يكن متعديا او وجب قدر القيمة فى الصورة الثانية لانه صار قاضيا دينه بماله بهذا المقدار وكذلك اذا اصاب الرهن عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب مثله للمعير على الراهن ولو هلك الشىء المستعار عند المستعير مثل الرهن اى قبل ان يرهنه او بعد ما رهنه وفكه لا يضمن وان للوصل كان قد استعمله المستعير من قبل لانه لا يصير قاضيا لدينه بهذا وهو الموجب على ما بينا ولانه امين خالف ثم عاد الى الوفاق فلا يضمن خلافا للشافعى ولو اراد المعير افتكاك الرهن لقضاء دين المرتهن من عنده فله ذلك ويرجع المعير بما ادى على الراهن لان المعير غير متبرع حيث يخلص ملكه فاجبر المرتهن على الدفع بخلاف الاجنبى اذا قضى لانه متبرع اذ هو لا يسعى فى تخليص ملكه ولا فى تفريغ ذمته فكان للطالب ان لا يقبل فلو قال المستعير هلك الشىء المستعار فى يدى قبل الرهن او بعد الفكاك وادعى المعير هلاكه عند المرتهن فالقول للمستعير لانه ينكر الايفاء بدعواه الهلاك فى هاتين الحالتين والبينة للمعير لانه يدعى عليه الضمان ولو اختلفا فى قدر ما امره بالرهن به فالقول للمعير لان القول قوله فى الانكار اصلا اعنى عقد العارية فكذا فى انكار وصفه وجناية الراهن على الرهن مضمونة لانه تفويت حق لازم لا يقدر على اسقاطه بانفراده محترم لا يكون غيره ممنوعا عن ابطاله وتعلق مثل ذلك بالمال يجعل المالك كالاجنبى فى حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث والعبد الموصى بخدمته اذا اتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشترى بها عبد يقوم مقامه وكذا جناية المرتهن على الرهن لانه لو نقص لا بفعله يكون مضمونا بالدين فبفعله اولى فيسقط من دينه بقدرها يعنى يكون الضمان على صفة الدين وهذا لان العين ملك المالك وقد تعدى عليها المرتهن فيضمنه لمالكه وجناية الرهن عليهما اى على الراهن والمرتهن وعلى مالهما هدر عند ابى حنيفة خلافا لهما فى المرتهن فالاجناية الرهن على المرتهن معتبرة والمراد بها ما يوجب المال اما ما يوجب القصاص فهو معتبر بالاجماع اما وجه المسئلة التى اتفقوا على حكمها وهى ان جناية الرهن على الراهن هدر لانها جناية المملوك على المالك فيما يوجب المال بدليل انه اذا مات وجب الكفن على مولاه وكل ما كان كذلك فهو هدر لانه لو جنى على غيره وجب على مولاه من ماله فاذا جنى عليه لو وجب عليه شىء لكان واجبا عليه وذلك باطل بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه لان الملك عند اداء الضمان يثبت للغاصب مستندا حتى يكون الكفن على الغاصب فكانت على غير المالك فاعتبرت بخلاف الجناية الموجبة للقصاص فان المستحق بها دمه والمولى اجنبى عنه ولهذا صح اقرار المولى عليه بما يوجب القصاص غير صحيح واقرار العبد على عكس ذلك ولهما فى المسئلة الخلافية ان الجناية حصلت على غير مالكه اذ المرتهن غير مالك للعين وحصولها يوجب الضمان كما اذا حصلت على اجنبى آخر وفى الاعتبار فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية فتعتبر وان كان يسقط حقه فى الدين فان ابقاه رهنا وجعله بالدين لا يثبت له ملك العين وربما يكون له غرض فى ملك العين فيحصل له باعتبار الجناية وان لم يكن له غرض فى ذلك يترك طلب الجناية ويستبقيه

رهنا كما كان ولهما ان هذه الجناية لو اعتبرناه للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لانها حصلت في ضمانه
لكونه مخاطبا بالدفع او الفداء كالراهن فكان حكم الدفع او الفداء له وعليه في حق شيء واحد بسبب واحد ولا فائدة
في ذلك وجنايته على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق اذا كانت قيمته والدين سواء لانه لا فائدة في اعتبارها لانه لا يتملك
العبد وهو الفائدة وان كانت القيمة اكثر من الدين بان كانت العين والدين الفا واتلف متاع المرتهن يقال
للراهن اما ان تقضي نصف دينه او يباع عليك العبد فان امتنع عن القضاء بيع العبد ويستوفي المرتهن من ثمنه
تمام قيمة المتاع فان بقي شيء من الثمن اخذ الراهن نصفه والمرتهن نصفه لانه بدل عبد نصفه امانة ونصفه مضمون
وبدل الامانة للراهن وبدل المضمون للمرتهن وان قضى النصف زال الدين وبقي العبد رهنا بحاله وهذا ظاهر
الرواية عن ابي حنيفة رح وعنه في غير ظاهر الرواية انه لا يعتبر لان حكم الرهن وهو الحبس ثابت فصار كالمضمون وهذا
بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن او ابن المرتهن لان الاملاك بين الاب والابن حقيقة متباينة فصار كالجناية
على الاجنبي كذا في الهداية وشروحها ثم جناية الرهن على الرهن على نوعين جناية الرهن على الرهن وجناية نفسه على
نفسه اما جنايته على نفسه فهي بالهلاك بآفة سماوية سواء ثم ينظر ان كان العبد كله مضمونا يسقط بقدر النقصان
من الدين وان كان بعضه مضمونا وبعضه امانة يسقط من الدين قدر ما انتقص من المضمون لا من الامانة
واما جنايته على نفسه فعلى ضربين ايضا جناية بني آدم على جنسه وجناية البهيمة على جنسها وعلى غير جنسها اما جناية
بني آدم على جنسه بان كان الرهن عبدين فجنى احدهما على الآخر فالعبدان لا يخلو اما ان كانا رهنا في صفقة واحدة
او في صفقتين فان كانا رهنا في صفقة واحدة فجنى احدهما على صاحبه فجنايته لا تخلو من اربعة اقسام جناية
المشغول على المشغول وجناية المشغول على الفارغ وجناية الفارغ على الفارغ وجناية الفارغ على المشغول
والكل هدر الا واحدة وهي جناية الفارغ على المشغول فانها معتبرة ويتحول ما في المشغول من الدين الى
الفارغ ويكون رهنا مكانه واما جناية المشغول على المشغول فلانها لو اعتبرت انما تعتبر لحق المرتهن والاعتبار
لحق الراهن لا سبيل اليه في الفصول كلها لان كل واحد منهما ملكه وجناية المملوك على المملوك ساقطة
الاعتبار لحق المالك لان اعتبارها في حقه لوجوب الدفع عليه او الفداء له وايجاب الشيء على الانسان
لنفسه ممتنع ولهذا لا يجب للمولى على عبده دين ولا سبيل لاعتبار جناية المشغول على المشغول لحق
المرتهن والاعتبار لحق الراهن لا سبيل اليه في الفصول كلها لان الاعتبار لحقه بتحول ما في المجني عليه من الدين
الى الجاني والجاني مشغول بدين نفسه والمشغول بنفسه لا يشتغل بغيره وكذلك جناية المشغول على الفارغ
لما قلنا واما جناية الفارغ على الفارغ فلانه لا دين في الفارغ ليتحول الى الجاني فلا يفيد اعتبارها في حقه واما
جناية الفارغ على المشغول فيمكن الاعتبار لحقه بتحول ما فيه من الدين الى الفارغ وبيان هذه الجملة
في مسائل منها اذا كان الدين الفين والرهن عبدين يساوي كل واحد منهما الفا فقتل احدهما صاحبه
فقد جنى كل واحد من نصفي القاتل على النصف المشغول وجنى عليه فيما دون النفس مما قل ارشها او كثر
فجنايته هدر ويسقط الدين الذي كان في المجني عليه بقدره ولا يتحول قدر ما سقط الى الجاني لان كل واحد
منهما مشغول بكل الدين وجناية المشغول على المشغول هدر فصار كان المجني عليه هلك بآفة سماوية
ولو كان الدين الفا فقتل احدهما صاحبه فقد جنى كل واحد من نصفي القاتل على النصف المشغول والنصف
الفارغ من المجني عليه وجناية قدر المشغول على المشغول وقدر المشغول على الفارغ وقدر الفارغ على الفارغ هدر

لما بينا

لما بينا فيسقط ما كان فيه شيء من الدين ولا يتحول الى الجاني وجناية قدر الفارغ على قدر المشغول معتبرة فيتحول
قدر ما كان فيه شيء من الدين ولا يتحول الى الجاني وجناية قدر الفارغ على قدر المشغول معتبرة فيتحول قدر ما كان
فيه الى الجاني وذلك مائتان وخمسون وقد كان في الجاني خمسمائة فيبقى رهنا بسبعمائة وخمسين ولو فقأ
احدهما عين صاحبه تحول نصف ما كان من الدين في العين الى الفاقئ فيصير الفاقئ رهنا بستمائة وخمسة
وعشرين ويبقى المفقوءة عينه رهنا بمائتين وخمسين لان العبد الجاني جنى على نصف العبد الآخر لان العين
من الآدمي نصفه الا ان ذلك النصف نصفه مشغول بالدين ونصفه فارغ الا ان جناية المشغول
على قدر المشغول والفارغ وجناية الفارغ على قدر الفارغ هدر وجناية الفارغ على قدر المشغول معتبرة
فتحول قدر ما كان من المشغول من الدين الى الفاقئ وذلك مائة وخمسة وعشرين وقدر ما كان في الفاقئ
خمسمائة فيصير الفاقئ رهنا بستمائة وخمسة وعشرين ويبقى المفقوء عينه رهنا بمائتين وخمسين لانعدام
ورود الجناية على ذلك النصف وان كان العبدان رهنا في صفقتين فان كان فيهما فضل على الدين بان
كان الدين الفا وقدر كل واحد منهما الفا فقتل احدهما الآخر تعتبر الجناية بخلاف الفصل الاول لان الصفقة
اذا تفرقت صارت بمنزلة ما لو رهن كل واحد رجلا على حدة فجنى احدهما على الآخر فههنا كذلك يثبت حكم الجناية
فكذا ههنا بخلاف ما اذا اتحدت الصفقة واذا اعتبرت الجناية ههنا يخير الراهن والمرتهن فان شاءا جعلا
القاتل مكان المقتول فيبطل ما كان في المقتول من الدين وان شاءا فديا القاتل بقيمة المقتول فيكون
رهنا مكان المقتول والمقتول على حاله وان لم يكن فيهما فضل عن الدين بان كان الدين الفين وقيمة كل واحد
منهما الفا فقتل احدهما الآخر بان دفعا الجناية قام المدفوع مقام المقتول ويبطل الذي كان في القاتل وان قالا
نفدي فالفداء كله على المرتهن بخلاف الفصل الاول لان ثمة كل واحد منهما ليس بمضمون كله بل بعضه وههنا كل واحد
منهما مضمون كله فاذا حل الدين دفع الراهن الفا واخذ عبده وكانت الالف الاخرى قصاصا بهذه الالف
اذا كان مثله ولو فقأ احدهما عين الآخر قيل لهما ادفعاه او افدياه فان دفعا بطل ما كان فيه من الدين
وان فديا كان الفداء بينهما نصفين فكان الفداء رهنا مع المفقوء عينه لان الجناية معتبرة لما ذكرنا فصار
كعبد الرهن اذا جنى على عبد اجنبي فان قال الراهن انا لا افدي ولكني ادع الرهن على حاله فله ذلك وكان
الفاقئ رهنا مكانه على حاله وقد ذهب نصف ما كان في المفقوء من الدين لان اعتبار الجناية انما كان
لحق المرتهن لا لحق الراهن فاذا رضي المرتهن بهدر الجناية صار هدرا وان قال الراهن انا افدي وقال المرتهن
انا لا افدي كان للراهن ان يفديه وهذا اذا طلب المرتهن حكم الجناية فحكمها التخيير فان ابى
الراهن الفداء وقال المرتهن انا افدي والراهن حاضر او غائب فهو على ما بينا في العبد الواحد واما جناية البهيمة
على جنسها فهدر لقوله عليه السلام جرح العجماء جبار اي هدر والعجماء البهيمة والجناية اذا هدرت سقط اعتبارها
وصار الهلاك بها كالهلاك بآفة سماوية سواء وكذلك جنايتها على خلاف جنسها هدر لعموم الحديث كذا في
البدائع فلو رهن رجل عبدا يساوي الفا بالف مؤجل فصارت قيمته مائة بتراجع السعر فقتله رجل
حر وغرم مائة وحل الاجل يقبض المرتهن المائة قضاء من حقه ولا يرجع على راهنه بشيء والاصل في جنس هذه المسئلة
ان نقصان القيمة بتراجع السعر بعد ما قبض الرهن ليس بمعتبر فلا يوجب سقوط الدين لانه لو نقص به وهو
باق على حاله فالراهن يطالب بجميع الدين عند رد المرتهن الرهن الى الراهن خلافا لزفر فانه يقول ان المالية قد انتقصت

وتحقيقه ان النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا
لان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك
غير معتبر في البيع حتى لا يثبت به الخيار ولا في الغصب
حتى لا يجب الضمان على الغاصب بخلاف نقصان العين
بنقصان السعر عند زفر رح فانه يسقط شيء من الدين
الا ان الفداء ولا يرجع على الراهن بشيء لان يد المرتهن يد استيفاء من
الابتداء وبالهلاك يتقرر الاستيفاء
تتكمل من الابتداء

فاشبه انتقاص العين ولنا ان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك لا يعتبر في البيع حتى
لا يثبت به الخيار ولا في الغصب حتى لا يجب الضمان بخلاف نقصان العين لان بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه
اذ اليد يد الاستيفاء واذا لم يسقط شئ من الدين بنقصان السعر بقي رهنا بكل الدين فاذا قتله حر غرم قيمته مائة لانه
يعتبر قيمته يوم الاتلاف في ضمان الاتلاف لان الجابر بقدر الفائت واخذه المرتهن لانه بدل المالية في حق المستحق وهو
المرتهن وان كان مقابلا بالدم على اصلنا حتى لا يزاد على قيمة الحر لان المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق
بالمالية فكذا فيما قام مقامه ثم لا يرجع على الراهن بشئ لان يد المرتهن يد الاستيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر وقيمته
كانت في الابتداء الفا فيصير مستوفيا كل الدين من الابتداء او نقول لا يمكن ان يجعل المرتهن مستوفيا الالف الدين بالمائة
التي غرمها الحر لقتل الرهن وجعلت رهنا مكانه لانه يؤدي الى الربوا فجعلناه مستوفيا للتسعمائة بالعبد الهالك وهو المقتول
والمائة بالمائة بخلاف ما اذا مات من غير فعل احد لانه يصير مستوفيا للكل بالعبد لانه لا يؤدي الى الربوا لاختلاف الجنس
وان باعه بالمائة بامر الراهن رجع اي المرتهن عليه اي على الراهن بالباقي وهو تسعمائة لانه لما باعه المرتهن باذن الراهن
صار كان الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر ما استوفى كذلك هنا وان قتله
عبد يعدل مائة فدفع العبد بدله افتكه الراهن بكل الدين عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد الراهن بالخيار ان شاء
دفعه الى المرتهن وان شاء افتكه بالدين اي بكل الدين وقال زفر يصير رهنا بمائة لان يد المرتهن يد الاستيفاء وقد
تقرر بالهلاك الا انه اخلف بدلا الا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره ولاصحابنا على زفر ان العبد الجاني قائم مقام الاول
صورة ومعنى اما صورة فظاهر واما معنى فلان القاتل كالمقتول في الآدمية والشرع اعتبره حرا من حيث الآدمية دون
المالية الا ترى الى استوائهما في حق القصاص فكذا في حق الدفع ايضا واذا كان الاول قائما وانتقص السعر لا يسقط
شئ من الدين عندنا لما ذكرنا فكذا اذا قام المدفوع مكانه ولمحمد في الخيار ان المرهون تغير في ضمان المرتهن فيخير الراهن
كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب اذا قتل في يد الغاصب اذا قتلها عبد ودفع مكانهما فان المشتري يتخير
بين ان ياخذه بكل الثمن وبين ان يفسخ البيع لتغير المبيع وفي المغصوب يتخير المغصوب منه بين ان ياخذ المدفوع
مكانه وبين ان يطالب الغاصب بقيمة المقتول فكذا ههنا ولهما ان التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني
مقام الاول صورة ومعنى كما ذكرناه مع زفر وعين الرهن امانة عندنا فلا يجوز تمليكه من المرتهن بغير
رضاه ولان جعل الرهن بالدين حكم جاهلي وانه منسوخ بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن ثلاثا بخلاف
البيع لان الخيار فيه حكم الفسخ وهو مشروع وبخلاف الغصب لان تمليكه باداء الضمان مشروع وان جنى
الرهن خطاء فداه المرتهن وليس له ان يدفع لانه لا يملك التمليك لان المرتهن غير مالك ولو فدى طهر
المحل فبقي الدين على حاله ولا يرجع اي على الراهن شئ لان الجناية حصلت في ضمان المرتهن فكان عليه
اصلاحها فان ابى دفعه الراهن او فداه يعني ان ابى المرتهن ان يفدي قيل للراهن ادفع العبد او افده
بالدية لان الملك في الرقبة قائم له وانما الى المرتهن الفداء لقيام حقه فاذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن
بحكم الجناية ومن حكمها التخيير بين الدفع والفداء وسقط الدين ان اختار الدفع لانه استحق لمعنى في ضمان
المرتهن فصار كالهلاك وكذا ان فدى لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء فانه
اذا كان مثل الدين فالتقيا قصاصا فسلم الرهن للراهن ولا يكون متبرعا في اداء الفداء لانه يسعى في تخليص ملكه
كمعير الرهن بخلاف ولد الرهن اذا قتل انسانا او استهلك مالا حيث يخاطب الراهن بالدفع او الفداء في

في الابتداء لانه غير مضمون على المرتهن فان دفع خرج من الرهن ولم يسقط شئ من الدين كما لو هلك في الابتداء وان فدى
فهو رهن مع امه على حالهما ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته فان ادى المرتهن الدين الذي لزم العبد فدينه
على حاله كما في الفداء وان ابى المرتهن قيل للراهن بعه في الدين الا ان يختار ان يؤدي عنه فان ادى بطل دين المرتهن
كما ذكرنا في الفداء فان لم يؤد وبيع العبد فيه ياخذ صاحب العبد دينه لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وعلى حق المولى
وذلك لتقدم دين العبد على حق المولى واذا كان مقدما على حق المولى كان مقدما على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولي
الجناية في ملك العين فان فضل شئ ودين غريم العبد مثل دين المرتهن او اكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن
لان الرقبة استحقت لمعنى وهو في ضمان المرتهن فاشبه الهلاك وان كان دين العبد اقل سقط من دين المرتهن
بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان ثم ان كان دين المرتهن قد حل اخذه به لانه من جنس حقه وان
كان لم يحل امسكه حتى يحل وان كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم اخذ الثمن ولم يرجع بما بقي على احد حتى يعتق
العبد لان الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت فيتأخر الى ما بعد العتق ثم اذا ادى
بعده لا يرجع على احد لانه وجب عليه بفعله ولو مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين لان الدين
حل بموته والوصي قائم مقامه ولو كان الموصي حيا كان له ولاية البيع لايفاء الدين بامر المرتهن فكذا وصيه فان
لم يكن له اي للراهن وصي نصب القاضي له وصيا وامره ببيعه اي ببيع الرهن وايفاء الدين من ثمنه لان
القاضي نصب ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم والنظر ههنا في نصب الوصي ليؤدي ما عليه
لغيره لانه محتاج الى قضاء ما عليه من الديون الحائلة بينه وبين الجنة وان كان على الميت دين فرهن الوصي
بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز وللاخرين ان يردوه لانه آثر بعض الغرماء بالايفاء الحكمي فاشبه الايثار
بالايفاء الحقيقي فان قضى دينهم قبل ان يردوه جاز لزوال المانع بوصول حقهم اليهم ولو لم يكن للميت غريم
آخر جاز الرهن اعتبارا بالايفاء الحقيقي وبيع في دينه لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده وان ارتهن الوصي بدين
الميت على رجل جاز لانه استيفاء وهو يملكه كذا في الهداية فصل هذا الفصل كالمسائل المتفرقة التي تذكر في
اواخر الكتب رهن عصيرا قيمته عشرة بعشرة فتخمر ثم تخلل وهو اي الخل يساويها اي العشرة وان نقص سقط من
الدين بقدره ولا معتبر بنقصان القيمة لان الفائت مجرد الوصف وبفواته في المكيل والموزون لا يسقط شئ
من الدين عندهم وانما يتخير الراهن بين ان يفتكه ناقصا بجميع الدين وبين ان يضمن قيمته ويجعلها رهنا عند ابي
حنيفة وابي يوسف وعند محمد بين ان يفتكه ناقصا وبين ان يجعله بالدين كما في القلب اذا انكسر فتولد بيانه
وقع اتفاقا فهو رهن بها لان الرهن كالبيع في الاحتياج الى المحل فيعتبر محلا له بمحل للجزء لا يصلح محلا للبيع ابتداء او يصلح
بقاء حتى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض لم يبطل عقده فكذا في الرهن وان رهنت شاة قيمتها عشرة بها
فدبغ جلدها وهو يساوي درهما فهو اي الجلد رهن به اي بالدرهم لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا بقي بعض
المحل يعود حكمه بقدره هذا اذا كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما واما اذا كانت قيمته يومئذ درهمين فهو رهن
بدرهمين ويعرف ذلك بان ينظر الى قيمة الشاة حية ومسلوخة فان كانت قيمتها حية عشرة وقيمتها مسلوخة
تسعة كانت قيمة الجلد يوم الارتهان درهما وان كانت قيمتها مسلوخة ثمانية كانت درهمين
ثم هذا اذا كانت القيمة مثل الدين وان كانت اكثر او اقل فهو مذكور في النهاية ونماء الرهن اي زيادته
المتولدة من الاصل كولده ولبنه وصوفه وزبده وعقره وارشه وثمره وقوائم الخلاف للراهن وهو اي نماء

الرهن يكون رهنا مع الاصل لان الاوصاف القارة في الامهات تسري الى الاولاد اذا كانت صالحة
للاحكام والرهن منها لكونه حقا لازما اذ اللازم هو القار والقار ما يكون ثابتا في جملة الام ولا ينفرد من عليه ابطال
حكمه لكونها حرة وقنة ومبيعة ومكاتبة ومدبرة وام ولد فسر بذلك لئلا يرد كفالة الحرة فانها ما تسري الى الاولاد ولو كانت
بعد كمال الحول كذلك فانهما تثبتان في ذمة الكفيل والمالك لا في عين الامهات ولئلا يرد ولد الجانية فان من عليه
ينفرد بالابطال باختيار الفداء فانما قيدنا الاولاد بصلاحيتها للاحكام الاوصاف لئلا يرد ولد المغصوبة والمستاجرة
والمنكوحة والموصى بخدمتها لان الاولاد حين الولادة لم تصلح لاحكام هذه الاوصاف اما في الغصب فظاهر واما في الغصب
فلان الضمان به بعينه قبضا مقصودا بغير حق ولم يتحقق في الولد واذا ظهر هذا اعلم ان نماء الرهن للراهن
لانه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الاصل لانه تبع له فان الاصل وصفان لازمان الملك وكونه رهنا فيسري
الى الولد فان هلك النماء هلك بلا شيء لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل اذ لم تكن مقصودة لانها لم تدخل
تحت العقد مقصودا اذ اللفظ لم يتناولها وان بقي النماء وهلك الاصل افتكه الراهن بحصته من الدين يقسم الدين
على قيمة الاصل يوم القبض لانه مضمون بالقبض كما تقدم وقيمة النماء يوم الفكاك لانه انما صار مضمونا بعد اذ لو هلك قبله
هلك مجانا والتبع يقابله شيء اذا صار مقصودا كولد المبيع فانه يكون له حصة من الثمن اذا صار مقصودا بالقبض والزيادة
ههنا صارت مقصودة بالفكاك فيخصه شيء من الدين فما اصاب الاصل سقط من الدين بقدره لانه يقابل الاصل مقصودا
وما اصاب النماء افتكه الراهن به وتصح الزيادة في الرهن مثل ان يرهن ثوبا بعشرة يساوي عشرة ثم يزيد الراهن ثوبا
آخر ليكون مع الاول رهنا بعشرة جاز عندنا خلافا لزفر ولا تصح الزيادة في الدين مثل ان يقول الراهن اقرضني خمسمائة
اخرى على ان يكون العبد الذي عندك رهنا بالف فلا يكون الرهن رهنا بها اي بالزيادة عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي
يوسف قال زفر والشافعي لا تجوز الزيادة فيهما جميعا والخلاف معهما في الرهن والثمن والمهر والمنكوحة وهو ان يزوج
المولى امته من رجل بالف ثم يزوج امة اخرى بتلك الالف وقبل الزوج يصح العقدان ويقسم الالف عليهما وذكر في
الاسرار وطريق البرغري وغير ذلك ان ذلك لم يصح ونقل عن حميد الدين الضريري انه قال يجوز ان يكون
مرادهم من قولهم لا تجوز الزيادة في المنكوحة ان يقول المولى زدت لك امة اخرى بتلك المهر اما لو قال زوجتك
هذه الامة الاخرى بذلك المهر لم يصح فلابي يوسف في الخلافية الاخرى ان الدين في باب الرهن كالثمن في
البيع والرهن كالثمن فتجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع بينهما الالتحاق باصل العقد للحاجة والامكان
ولهما وهو القياس ان الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن وهو غير مشروع عندنا والزيادة في الرهن
توجب الشيوع في الدين وهو مانع من صحة الرهن الا ترى انه لو رهن عبدا بخمسمائة من الدين جاز
وهذا الشيوع في الدين والالتحاق باصل العقد غير ممكن في طرف الدين لانه غير معقود عليه ولا معقود
به بل وجوبه سابق على الرهن وكذا يبقى بعد الفسخ والالتحاق باصل العقد في بدلي العقد بخلاف
البيع لان الثمن بدل يجب بالعقد ثم اذا صحت الزيادة في الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية يقسم الدين
على قيمة الاول يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت حتى لو كان قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة وقيمة
يوم القبض الفا والدين الف يقسم الدين اثلاثا في الزيادة ثلث الدين وفي الاصل ثلثا الدين اعتبارا
بقيمتهما في وقتي الاعتبار وهذا لان الضمان في كل واحد منهما يثبت بالقبض فيعتبر قيمة كل منهما وقت
القبض واذا رهن جارية بالف تساوي الفا فولدت ولدا يساوي الفا فقال الراهن زدتك هذا العبد

مع الولد رهنا وهو ايضا يساوي الفا جاز العقد ويكون العبد رهنا مع الولد دون الام فينظر الى قيمة
الولد يوم الفكاك والى قيمة الام يوم العقد فما اصاب الولد قسم على قيمته يوم الفكاك وقيمة العبد يوم
قبضه لانه دخل في ضمانه بالقبض فان مات الولد بعد الزيادة بطلت لانه اذا هلك خرج من
العقد وصار كان لم يكن فيبطل الحكم في الزيادة ولو قال الراهن زدتك هذا العبد مع الام قسم الدين على قيمة الام
يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة دخلت مع الام
كانها كانت في اصل العقد فيكون الولد داخلا في حصة الام خاصة فان ماتت الام بعد الزيادة ذهب ما كان فيها وبقي
الولد والزيادة بما فيهما لان هلاك الام لا يوجب سقوط الضمان بل تقرره فلا يبطل الحكم في الزيادة ولو مات الولد بعد
الزيادة ذهب بغير شيء وكان العقد في الام والولد معها وان رهن عبدا يعدل الفا بالف ثم دفع مكانه عبدا آخر
يعدل الفا فالاول رهن حتى يرده الى راهنه والمرتهن امين في الثاني حتى يجعله مكان الاول برد الاول لان الاول انما دخل
في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان الا بنقض القبض ما دام الدين باقيا واذا بقي الاول في ضمانه
لا يدخل الثاني في ضمانه لانهما رضيا بدخول احدهما فيه لا بدخولهما فاذا رد الاول دخل الثاني في ضمانه ثم قيل يشترط تجديد
القبض لان يد المرتهن في الثاني يد امانة ويد الرهن يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه كمن له على آخر جياد فاستوفى
زيوفا ظنها جيادا ثم علم بالزيافة وطالبه بالجياد فان الجياد امانة في يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض وقيل لا يشترط
القبض لان الرهن تبرع كالهبة وقبض الامانة ينوب عن قبض الهبة ولان الرهن عينه امانة والقبض يرد على
العين فينوب قبض الامانة عن قبض العين ولو ابرأ المرتهن الراهن من الدين او وهبه منه فهلك الرهن في يد
المرتهن هلك بلا شيء استحسانا خلافا لزفر هو يقول ان الضمان في باب الرهن انما يجب باعتبار القبض وهو
قائم فكان ما بعد الابراء وقبله سواء ولهذا كان مضمونا بعد الاستيفاء وان لم يبق الدين بعده وجه الاستحسان
ان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجوب كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بسبب الابراء ولا
جهته لسقوطه فلم يبق الرهن مضمونا بالدين الا اذا احدث منعا لانه يصير به غاصبا لانتفاء ولايته منعه وكذا لو
ارتهنت المرأة رهنا بالصداق فابرأته او وهبته او ارتدت العياذ بالله قبل الدخول او اختلعت منه على صداقها ثم
هلك الرهن في يدها هلك من غير شيء في هذا كله ولم يضمن شيئا لسقوط الدين كما في الابراء واما الجواب عن مسألة
الاستيفاء فعلى وجه الفرق وهو ان بالابراء يسقط الدين اصلا وبالاستيفاء لا يسقط الدين لقيام الموجب
للدين وهو العقد الذي لزم الدين به والدين قائم في نفسه كما كان الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب
مطالبة مثله فيفضي الى الدور فاذا هلك الرهن يتقرر الاستيفاء الاول وهو الحكمي فانتقض الاستيفاء الثاني وهو
الحقيقي لئلا يتكرر الاستيفاء ولو قبض المرتهن دينه كله او بعضه منه اي من الراهن او من غيره اي من غير الراهن
من متطوع او اشترى اي المرتهن به اي بمقابلة الدين عينا او صالح عنه على شيء او احال به الى آخر ثم هلك
الرهن قبل رده الى الراهن هلك بالدين ويرد المرتهن ما قبض الى من قبض منه وهو الراهن او متطوع

وتبطل الحوالة ويهلك بالدين وذلك لان كل واحد من الشرى والصلح على عين استيفاء فيجب عليه رد الرهن
ان كان باقيا او قيمته ان هلك في يده قبل الرد وللحوالة وان كانت ابراء لكنها بطريق الاداء دون الاسقاط
لانه يزول بعقد الحوالة عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحال عليه او ما يرجع عليه ان لم يكن للمحيل على المحال
عليه دين لان المحال عليه بمنزلة الوكيل عن المحيل بقضاء الدين وكذا اى كما يهلك الرهن بالدين في الصورة
المذكورة لو تصادقا اى الراهن والمرتهن على عدم الدين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب
الدين بالتصادق على قيامه بعد التصادق على عدمه لجواز ان يتذكرا وجوبه بعد التصادق على انتفائه
فيكون الجهة باقية وضمان الرهن يتحقق بتوهم الوجوب هذا قول بعض المشايخ اختاره صاحب
الهداية وتبعه المصنف قال الزيلعي قال في الكافي ذكر شمس الائمة السرخسي في المبسوط اذا تصادقا
ان لا دين بقي ضمان الرهن اذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن لان الدين كان واجبا ظاهرا حين
هلك الرهن ووجوب الدين ظاهرا يكفي لضمان الرهن واما اذا تصادقا على ان لا دين والرهن قائم
ثم هلك يهلك امانة لانه بتصادقهما ينتفي الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين
وذكر الاسبيجابي انهما اذا تصادقا قبل الهلاك ثم هلك الرهن اختلف مشايخنا فيه والصواب
لا يهلك مضمونا انتهى هكذا نقله سعدي چلبي في حاشية الاكمل كتاب الجنايات

كتاب الجنايات ذكر الجنايات عقيب الرهن لان الرهن لصيانة الاموال وحكم الجناية لصيانة الانفس
والمال وسيلة للنفس فكان مقدما عليها او محاسن اخرتها محاسن الحدود والجناية في اللغة اسم لما يكتسب
من الشر وهو عام خص في الشرع بفعل محرم شرعا حل بالنفوس والاطراف فالاول يسمى قتلا وهو فعل من العباد
تزول به الحيوة والثاني يسمى قطعا وجرحا وسببها سبب الحدود وشرطها كون المحل حيوانا وانواعها خمسة
كما سيأتي بيانها وذلك بالاستقراء والمراد بها الجناية التي يتعلق بها حكم من قصاص ودية وكفارة وحرمان
ارث القتل اما عمد والمراد عمد موجب للقصاص فلا يرد نحو قتل قطاع الطريق والحربي والمرتد عمدا وهو ان يقصد
ضربه يعني ضرب المكلف قصدا احتراز عن ضربه فان القتل الذي هو ازهاق الروح واخراجها بذلك لا انه امر خفي مخصوص
به تعالى فاقيم السبب المحسوس وهو الضرب القصدي مقامه فان المراد قتل حصل بضربه واحترز بالقصد عن قتل الخطأ
والصبي والمجنون بما يفرق الاجزاء فان القصد فعل القلب لا يوقف عليه فاقيم استعمال الالة القاتلة غالبا مقامه
تيسيرا كما اقيم السفر مقام المشقة من سلاح آلة الحرب والمراد ما يكون من الحديد بان كان قاطعا كالسيف
والسكين والرمح والابرة او لم يكن كالعمود وسنجة الميزان وفيما لم يكن قاطعا روايتان ذكره الخبازي
او من محدد من حجر او خشب او ليطة وهي قشر القصب لان الالة القاتلة غالبا هي المحددة لانها المعدة للقتل
حتى لو ضرب بحجر كبير او خشب كبير او بصنجة حديد او نحاس لا يجب القصاص عند ابي حنيفة رح كذا في الدرر او حرقه
بنار ولو حمى كتنور محمى بلا نار فانه لو احترق قتل به على الصحيح ولو قيده بحبل ثم القى في قدر فيه ماء مغلي جدا فمات
من ساعته او فيه ماء حار فانضج جسده او تفطر ومكث ساعة ثم مات قتل به كما في الظهيرية ولو قتل بالابر
او المسلة لم يقتل وعليه الفتوى فالمعتبر الحديد او الجرح كما في تتمة الواقعات كذا في القهستاني وقال قاضي خان
في فتاواه ولو ضربه بالمسلة فمات منها قتل وان ضربه بابرة متعمدا او ما اشبه الابرة فمات لا يجب القصاص
وذكر في الاصل اذا ضربه بحديد لا حد له كسنجة الميزان والعمود يجب القصاص وان لم يجرح وروى الطحاوي
عن ابي حنيفة انه لا يجب القصاص اذا لم يجرح كما لو ضربه بالعصا الكبير او بحجر مدور ولم يجرح لم يجب القصاص
في قول ابي حنيفة رح وفي ظاهر الرواية في الحديد وما يشبه الحديد كالنحاس وغيره لا يشترط الجرح لوجوب القصاص
انتهى ولكن قال صاحب الهداية في الباب الذي يليه عند شرح قول البداية ومن ضرب رجلا بمر فقتله فان
اصابه بالحديد قتل به هذا اذا اصابه بحد الحديد لوجود الجرح فيكمل السبب وان اصابه بظهر الحديد فعندهما
يجب القصاص وهو رواية عن ابي حنيفة رح اعتبارا منه للآلة وهو الحديد وعنه انما يجب اذا جرح وهو الاصح
وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان انتهى فقد رجح صاحب الهداية رواية الطحاوي وفي ظاهر الرواية
العبرة للحديد نفسه سواء جرح او لم يجرح وعلى رواية الطحاوي العبرة للجرح نفسه حديدا كان او غيره وما كان
في معنى الحديد كالصفر والنحاس والانك والرصاص والذهب والفضة فحكمه حكم الحديد وعندهما وعند
الثلث فهو ان يقصد ضربه بما يقتل غالبا لانهم ان الضرب بالمثقل تهلك عادة الا ترى انه لا يستعمل الا في
القتل فكان استعماله دليل القصد الى القتل كاستعمال السيف وقد انضم اليه اصل القتل فكان
فكان القتل الحاصل به عمدا محضا ولابي حنيفة رح طريقان مختلفان على حسب اختلاف الروايتين
عنه احدهما ان المثقل آلة غير معدة للقتل بدليل عدم القصد والمثقل وما يجري مجراه ليس بمعد للقتل
عادة فكان القتل به لا آلة عدم القصد فيتمكن في العمدية شبهة العدم بخلاف القتل بحديد لا حد له

لان الحديد آلة معدة للقتل قال الله تعالى وانزلنا الحديد فيه بأس شديد والقتل بالعود معتاد فكان القتل به
دليل القصد فيتمحض عمداً وهذا على قياس ظاهر الرواية والثاني وهو قياس رواية الطحاوي وهو اعتبار الجرح
انه يمكن العقوبة في هذا القتل لوجود افساد الباطن دون الظاهر وهو نقض التركيب وفي الاستيفاء
افساد الباطن والظاهر جميعاً فلا يتحقق المماثلة وعلى هذا الخلاف اذا خنق رجلاً فقتله او غرقه في الماء او القاه
من جبل او سطح فمات انه لا قصاص فيه عند ابي حنيفة وعندهما يجب كذا في البدايع واعلم ان الاختلاف في
القتل بالمثقل اذا لم يجرح فاذا جرح فالقصاص يجب اتفاقاً كذا في كشف البزدوي في باب معرفة وجوه الوقوف
على احكام النظم وهكذا ذكر في شرح المغني وموجبه اي القتل العمد الاثم في العقبى لقوله تعالى ومن يقتل مؤمناً
متعمداً فجزاؤه جهنم الآية وقد نطق به غير واحد من السنة منها قوله عم في خطبته بعرفات الا ان دماءكم
ونفوسكم محرمة عليكم كحرمة يومي هذا في شهري هذا في مقامي هذا ومنها قوله عم لزوال الدنيا اهون على الله
من قتل امرء مسلم وعليه انعقد اجماع الامة والقصاص في الدنيا لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في
القتلى وهو مطلق ينصرف الى الكامل وهو العمد لان غير العمد من القتل قاصر في كونه قتلاً فلا يتناوله المطلق
عيناً الا ان يعفى بلا بدل او يصالحه ببدل لان الحق للولي وفي قول الشافعي القصاص غير متعين بل الولي
مخير بينه وبين اخذ الدية من غير رضاء القاتل لان حق العبد شرع جابراً وفي كل واحد منهما نوع جبر فيتخير ولنا
ما تلونا من قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وجه التمسك به ان الله تعالى ذكر في الخطأ الدية فتعين
ان يكون القصاص المذكور فيه فيما هو ضد الخطاء وهو العمد ولما تعين بالعمد لا يعدل عنه لئلا يلزم الزيادة
على النص بالرأي ولان المال لا يصلح موجباً في القتل العمد لعدم المماثلة لان الآدمي مالك غير مبتذل والمال
مملوك مبتذل فاني يتماثلان ووجوب المال في الخطاء لضرورة صون الدم عن الاهدار والآدمي مكرم
لا يجوز اهدار دمه على ان ذلك ثابت بالنص على خلاف القياس والعمد ليس في معناه حتى يلحق به ولا الكفارة
فيه اي في القتل العمد عندنا سواء وجب فيه القصاص او لم يجب كالاب اذا قتل ابنه عمداً وعند الشافعي
تجب لان الحاجة الى التكفير في العمد امس منها اليه في الخطاء لانها ستر الذنب والذنب في العمد اعظم
ولنا انه كبيرة محضة فلا يكون سبباً لما فيه معنى العبادة والكفارة فيها ذلك وموضعه اصول الفقه واما
شبه عمد فهو ضربه قصداً بغير ما ذكر واختلفوا في تفسير هذا النوع من القتل ايضاً فقال ابو حنيفة رح
شبه القتل العمد هو ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا بما اجري مجراه سواء كان الهلاك به غالباً كالحجر
والعصا الكبيرين ومدقة القصار او لم كالعصا الصغير وقالا هو ان يتعمد الضرب بما لا يحصل الهلاك
به غالباً كالعصا الصغير اذا لم يوال في الضربات فاما اذا والى فيها فقيل شبه عمد عندهما وقيل عمد
محض وانما سمي هذا النوع شبه العمد لاقتصار معنى العمد فيه والا لكان عمداً واقتصاره انما يتصور في
استعمال آلة لا تقتل بها غالباً كالعصا الصغير فانه يقصد باستعماله غير القتل كالتأديب ونحوه
لا في استعمال آلة لا تلبث فانه لا يقصد باستعمالها الا القتل وروي ان يهودياً شج جارية بالحجر فامر عم
بالقصاص وله قوله عم الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل وجه الاستدلال
انه عم جعل قتيل السوط والعصا مطلقاً شبه عمد فتخصيصه بالصغير ابطال الاطلاق وهو لا يجوز واما اليهودي
فالنبي عم قتله سياسة فانه رأى انه كان المعتاد ذلك وعندنا متى تكرر منه فللامام ان يقتله سياسة كذكره

في الاختيار

في الاختيار وموجبه اي موجب شبه العمد على قول ابي حنيفة وقولهما الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب
والكفارة لشبهه بالخطاء والدية المغلظة على العاقلة والاصل في وجوب الدية على العاقلة حديث حمل بن مالك
على ما سيأتي في المعاقل والقتل فيه كان شبه عمد قال في معراج الدراية روى الطحاوي عن المغيرة بن شعبة ان
امرأتين ضربت احديهما الاخرى بعمود فسطاط فقضى عليه السلام عليها بالدية على عصبة القاتل متفق عليه وهو
حديث حمل بن مالك في الغرة كما يجيء انتهى هكذا في حاشية سعد چلبي على الاكمل بخلاف ما اذا تصالحوا فيه على الدية وما
قتل الوالد ولده عمداً او ما اقر القاتل بالقتل خطاء وقد كان قتله عمداً فان في هذه الصور تجب الدية على القاتل في ماله
وسيأتي تفسير المغلظة وتجب في ثلث سنين لما روي عن عمر رضه انه قضى بالدية على العاقلة في ثلث سنين والمروي
عنه كالمروي عن رسول الله عليه السلام لانه مما لا يعرف بالرأي لا القود بفتحتين القصاص سمي قوداً لانهم يقودون
الجاني بحبل ونحوه قاله الازهري اي ليس موجب شبه العمد القصاص وهو اي ضربه قصداً بغير ما ذكر ولو بالسوط فيما دون
النفس من الاطراف عمد موجب للقصاص فليس فيما دون النفس شبه عمد فالذي فيه هو عمد او خطاء وذلك لان
اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة وما دون النفس لا يختلف بآلة دون آلة واما خطاء وهو اي الخطاء اما في القصد
بان يرمي شخصاً ظنه صيداً او حربياً فاذا هو آدمي معصوم فانه لم يخطئ في الفعل حيث اصاب ما قصد رميه
وانما اخطأ في القصد اي الظن حيث ظن الآدمي صيداً او المسلم حربياً وانما قلنا ولو عبداً لدفع توهم ان العبد مال
وضمان المال لا تكون على العاقلة فان المعتبر آدميته لا ماليته او الخطاء في الفعل بان يرمي غرضاً بفتحتي الغين والضاد
المعجمتين اي هدفاً فيصيب آدمياً مسلماً او ذمياً او حربياً لم يعلم باسلامه او مرتداً كذلك وكذا لو رمى زيداً
فاصاب عمرواً ذكره القهستاني وهذا الخطاء خطاء في الفعل الذي هو ايصال السهم الى غير ما قصده لا في القصد فيكون
معذوراً لاختلاف المحل بخلاف ما اذا تعمد الضرب موضعاً من جسده فاصاب موضعاً آخر منه بان تعمد رجل ان
يضرب يد رجل فاخطأ فاصاب عنقه فقتله فهو عمد فيه القود فيجب القصاص اذ جميع البدن محل واحد فيما يرجع الى العقوبة
فلا يعذر ولو اراد يد رجل فاصاب عنق غيره وابانه فهو خطاء وانما انحصر الخطاء في نوعين لان الرمي الى الشيء
مشتمل على فعل القلب وهو القصد وعلى فعل الجارحة وهو الرمي فان اتصل الخطاء بالاول فهو الاول وان اتصل
بالثاني فهو الثاني ثم لا مانع من اجتماعهما كما اذا رمى آدمياً يظنه صيداً فاصاب غيره من الناس كما اشار اليه عبارة
الزيلعي واما ما جرى مجراه ما اجري مجرى الخطاء كالنائم انقلب على آخر او سقط من سطح عليه فقتله لان النائم لا يوصف
فعله بالعمد ولا بالخطاء لعدم قصده الى شيء الا انه كالخطاء في الاحكام لان المقتول مات بثقله فكانه مات
بفعله فوجب عليه ضمانه لانه ما اتلفه كفعل الطفل وموجبهما اي موجب الخطاء مطلقاً وما اجري مجراه الكفارة
والدية على العاقلة لقوله تعالى ومن قتل مؤمناً خطاء فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الآية والدية على العاقلة
في ثلث سنين لما مر من قضية عمر رضه قالوا وفيهما الاثم دون اثم القتل لان القتل لا يعرى عن الاثم من حيث ترك العزيمة
والمبالغة في التثبت في حالة الرمي وشرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى وانما كان دون اثم القتل لعدم
القصد الى قتل معصوم واما قتل بسبب وهو كحافر البئر في غير ملكه او يضع حجراً في غير ملكه بلا اذن من السلطان
ذكره ابن كمال نقلاً عن شرح الطحاوي ولو حفر في موات غير طريق لم يضمن ذكره القهستاني فهلك به انسان يعني
غير الآدمي من ماله ذكره مجمع البحرين وموجبه الدية على العاقلة لانه سبب التلف وهو متعد فيه فانزل موقعاً
دافعاً فوجب الدية لا الكفارة وقال الشافعي يلحق بالخطاء في الاحكام لان الشرع انزله قاتلاً فيحق الضمان

فكذا في الكفارة والحرمان من الارث فتجب الكفارة ويحرم من الميراث ولنا ان الكفارة تجب بالقتل وهو معدوم منه
حقيقة لعدم اتصال فعله به وانما الحق به في حق الضمان على خلاف القياس صيانة للدماء عن الهدر فيبقى في حق
غيره على الاصل وكلها اي كل الجنايات المذكورة توجب حرمان الارث الا هذا لقوله عليه السلام لا ميراث لقاتل والمسبب
ليس بقاتل ولا متهم لانه لم يعلم ان مورثه يقع في البئر فان قيل الحافر في غير ملكه يأثم وعاقبة الاثم يصح تعليق الحرمان به اجيب
بانه وان كان يأثم بالحفر في غير ملكه او فنائه لا يأثم بالموت على ما قالوا وانما يصح تعليق الحرمان به هو الاثم الحاصل بالقتل
وما ذكرتم ليس كذلك فان اثمه الحفر لا اثم الموت

باب يوجب القصاص وما لا يوجب

لما فرغ من بيان اقسام
القتل وكان من جملتها العمد وهو قد يوجب القصاص وقد لا يوجبه احتاج الى تفصيل ذلك في باب على حدة يجب القصاص
بقتل من هو محقون الدم هذه ضابطة كلية لمعرفة من يجب له القصاص وحقن الدم منعه ان يسفك على التأبيد احترازا
عن المستأمن فان في دمه شبهة الاباحة بالعود الى دار الحرب المزيلة للمساواة المبني عليها القصاص عمدا لقوله عليه السلام
العمد قود اي موجبه القصاص والمراد بالوجوب ثبوت حق استيفاء القصاص فلا منافاة بينه وبين العفو ويقال
وجب على الائمة الحكم لهم ان يتركوه اذا ارادوا الدم استيفاءه او يقال هو واجب على القاتل فاذا لم يسلم نفسه عند
مطالبة الولي بالقصاص يأثم ويقتل الحر بالحر والعبد بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد وللعمومات الواردة
في ذلك مثل قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وقوله تعالى ومن
قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا ولقوله عم العمد قود والمسلم بالذمي اختلف العلماء في ثبوت قصاص المسلم بالذمي
فذهب عامة العلماء الى عدمه وذهب ابو حنيفة واصحابه الى ثبوته وهو مذهب النخعي والشعبي استدل الاولون بما
روى ابو حنيفة عن علي انه قال لا يقتل مسلم بكافر ولان القصاص يعتمد المساواة وقت الجناية ولا مساواة بينهما فانه
فلو كان ذميا وقت القتل ثم اسلم فانه يقتص منه بالاجماع ولان الكفر مبيح لدمه قال الله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون
فتنة اي فتنة الكفر فيورث شبهة عدم المساواة ولنا ما روى محمد بن الحسن عن ابراهيم ان رجلا من المسلمين
قتل رجلا من اهل الذمة فرفع ذلك الى رسول الله عليه السلام فقال انا احق من اوفى بذمته ثم امر به فقتل والقصاص
انما يعتمد المساواة في العصمة وهي ثابتة نظرا الى التكليف عنده او الى الدار عندنا فيثبت ولا نسلم ان مطلق
الكفر مبيح للدم بل المبيح كفر المحارب قال الله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله حتى يعطوا الجزية وقتل الذمي
بالذمي دليل على ان كفر الذمي لا يورث الشبهة اذ لو اورثها لما جرى القصاص بينهما كما لا يجري بين الحربيين وذكر
الطحاوي في شرح الآثار ان الذي حكاه ابو حنيفة عن علي رضه لم يكن مفردا اذ لو كان مفردا لاحتمل ما قالوا ولكن
كان موصولا بغيره وهو قوله ولا ذو عهد في عهده ووجه ذلك انه عطف هذا على الاول والعطف للمغايرة
فيكون كلاما تاما في نفسه وليس كذلك لادائه الى ان لا يقتل ذو عهد مدة عهده وان قتل مسلما وليس بصحيح
بالاجماع فيقدر ولا ذو عهد في عهده بكافر على طريقة قوله تعالى امن الرسول بما انزل اليه من ربه والمؤمنون
ثم الكافر الذي لا يقتل به ذو عهد هو الحربي بالاجماع فيقدر بكافر حربي واذا لا بد من تقديره حربيا يقدر في المعطوف
عليه كذلك والا لكان اعم والاعم لا يدل على الاخص بوجه من الوجوه فما فرضناه دليلا على تقدير لا يكون دليلا
هذا خلف باطل ولا يقتلان اي المسلم والذمي بمستأمن لانه غير محقون الدم على التأبيد وان كفره باعث
على الحراب لانه على قصد الرجوع الى داره فكان كالحربي بل المستأمن يقتل بمثله قياسا للمساواة بينهم ولا
يقتل استحسانا لقيام مبيح القتل وهو كونه من اهل دار الحرب وكفرهم ويقتل الذكر بالانثى والعاقل بالمجنون

والبالغ

والبالغ بغيره وكامل الاطراف بناقصها والفرع باصله والحر بالعبد للعمومات المذكورة وقال الشافعي
الحر لا يقتل بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ومن ضرورة هذه المقابلة ان لا يقتل حر بعبد ولان مبنى
القصاص على المساواة وهي منتفية بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرف العبد بخلاف العبد
بالعبد لانهما متساويان وبخلاف العبد يقتل بالحر لانه تفاوت الى نقصان ولنا ان القصاص يعتمد
المساواة في العصمة والعصمة بالدين عنده ولو بالدار عندنا والحر والعبد يستويان فيهما فيجري القصاص
بينهما فان قال جاز ان يكون شبهة الاباحة مانعة وهي ثابتة لان الرق اثر الكفر يمنع منه كما بين المسلم والمستأمن
فكذا اثره قلنا جريان القصاص لا يصلح مانعا اذ لو صلح لما جرى بين العبدين كما لا يجري بين المستأمنين وليس كذلك
والتخصيص بالذكر لا ينفي ما عداه كما في قوله تعالى والانثى بالانثى فانه لا ينفي الذكر بالانثى ولا العكس بالاجماع ثم فائدة التخصيص
الرد على من اراد قتل غير القاتل بالمقتول وذلك ان ابن عباس روى ان قبيلتين من العرب تدعي احديهما فضلا على
الاخرى اقتتلتا فقالت مدعية الفضل لا نرضى الا بقتل الذكر منهم بالانثى والحر منهم بقتل العبد منا فانزل الله هذه الآية عليهم
واما القصاص في الاطراف فانه يعتمد المساواة في الجزء المبان فانه لا يقطع اليد الصحيحة بالشلاء ولا مساواة بينهما في
ذلك لان الرق ثابت في اجزاء الجسم بخلاف النفوس فان القصاص فيها يعتمد ما في العصمة وقد ثبت وما فيها لا اي لا
يقتل الاصل بفرعه لقوله عم لا يقاد الوالد بولده وهو معلول بكونه سببا لاحيائه وهو وصف متعد ظهر اثره في جنس الحكم المعلل
به فانه لا يجوز ان يقتل والده اذا وجده في صف الاعداء مقاتلا او وجده زانيا وهو محصن فيجوز ان يتعدى به الحكم من
الوالد الى الجد مطلقا والى الام والجدات كذلك فانهم اسباب لاحيائه فلا يجوز ان يكون سببا لافنائهم كذا في العناية
بل تجب الدية في مال القاتل لانه قتل ابنه عمدا والعاقلة لا تعقل العمد في ثلاث سنين وقال الشافعي تجب في الحال لان
التأجيل كان للتخفيف في حق الخاطئ وهذا عامد فلا يستحقه ولنا ان المال ليس بمماثل للنفس وكان القياس ان لا يكون
بدلا لها الا ان الشرع ورد به مؤجلا فلا يعدل عنه ولا السيد بعبده لقوله عليه السلام لا يقاد السيد بعبده ولان
الانسان لا يجب لنفسه على نفسه قصاص ومدبره ومكاتبه وام الولد كالعبيد وعبد ولده كالعبيد وعبد لعبده
له لان القصاص لا يتجزى ومن ورث قصاصا على ابيه مثل ان يقتل الرجل ام ابنه مثلا سقط القصاص عن ابيه لحرمة
الابوة والام والاجداد والجدات منها حيث كانوا كالاب لما بينا من الحرمة ولانهم كانوا سببا في ايجاده فصاروا كالاب
ولا قصاص على شريك الاب او المولى او المخطئ او الصبي والمجنون وكل من لا يجب القصاص بقتله لانه قتل حصل بشيئين احدهما
غير موجب للقود وهو لا يتجزى فلا يجب لان الاصل في الدماء الحرمة والنصوص الموجبة للقصاص مختصة بحالة الانفراد
وموضع تمكن القصاص وهو غير متمكن هنا لعدم التجزي فلا يتناوله النص ثم من يجب عليه القصاص لو انفرد عليه نصف
الدية في ماله لانه فعل عمدا وانما لم يجب القصاص لتعذر الاستيفاء والعاقلة لا تعقل العمد ونصفها الآخر ان كان صبيا
او مجنونا او خطاء لان الدية تجب فيه بنفس القتل فان عمد الصبي والمجنون خطأ فعاقلته على ... وان كان الاب ففي ماله
على ما تقدم ذكره في الاختيار وان قتل عبد الرهن في يد المرتهن عمدا لا يقتص بحضرة الراهن والمرتهن فلو اجتمعا ذكر
الكرخي ان للراهن ان يستوفي القصاص عند ابي حنيفة لان الامتناع كان لحق المرتهن وقد رضي بسقوطه وعند
محمد ليس له ان يستوفي وان اجتمعا على الاستيفاء وذكر القاضي في شرح مختصر الطحاوي انه لا قصاص على قاتله
ولم يذكر المقتول محمد لان استيفاء القصاص لا بد له من ولي والولي ههنا غير معلوم لان ملك الرقبة للراهن وملك
الحبس للمرتهن فكان العبد مضافا الى كل منهما من وجه وجهالة الولي يمنع استيفاء القصاص كعبد المكاتب اذا قتل

ولو كان في ورثة المقتول ولد القاتل وولد ولده وان سفل
بطل القصاص وتجب الدية قاضيخان

عمدا ولابي حنيفة رح ان الملك للراهن من كل وجه وانما للمرتهن حق الحبس فقط والملك سبب ثبوت الولاء فكان الولي معلوما
وكان ينبغي ان لا يتوقف الاستيفاء على رضى المرتهن الا انه توقف لتعلق حقه به فاذا رضي فقد زال المانع فاذا اقتص
حالته سقط الدين لان العبد انما كان رهنا من حيث انه مال وقد بطلت ماليته بالقتل بلا بدل اذ القصاص لا
يصلح بدلا من المالية فسقط الدين كما لو هلك بنفسه هذا اذا اجتمعا على القصاص واما اذا اختلفا لا يقتص القاتل لانه لا سبيل
الى اثبات القصاص للمرتهن لفقدان ملك الرقبة ولا للراهن ايضا لان في استيفائه ابطال حق المرتهن وهو الدين
من غير رضاه وبهذا لا يجوز وعلى القاتل قيمة المقتول في ماله في ثلاث سنين وكانت القيمة رهنا ولو اختلفا وابطل القاضي
القصاص ثم قضى الراهن الدين فلا قصاص لان حق المرتهن وان بطل بالفكاك لكن بعد ما حكم القاضي ببطلان القصاص
فلا يحتمل العود وان كانت الجناية خطاء او شبه عمد فعلى عاقلة القاتل قيمته في ثلاث سنين يقبضها المرتهن فيكون رهنا
لان العبد وان كان مضمونا من حيث انه آدمي لا من حيث انه مال على اصل اصحابنا حتى لا يزاد ديته على دية الحر
ولكنه مرهون من حيث انه مال لا من حيث انه آدمي فيجاز ان يقوم قيمته مقامه عند المرتهن هذا تمام كلام البدائع في كتاب
الرهن وان قتل مكاتب عمدا عن وفاء وله وارث مع سيده فلا قصاص على قاتله وان اجتمع السيد والوارث لوجود
الاشتباه في تعين صاحب الحق لان الصحابة رضهم اختلفوا في موته على نعت الحرية او الرق فانه على قول علي وابن مسعود
رضهما يموت حرا اذا اديت كتابته فيكون استيفاء القصاص لورثته وعلى قول زيد بن ثابت يموت عبدا فيكون الاستيفاء
للمولى فاذا اشتبه من له الحق ارتفع القصاص وان لم يكن له وفاء وله وارث فله اي فاء يقتص سيده لتعينه لانه مات عبدا
بالاجماع وكذا ان كان وفاء ولا وارث له غير سيده خلافا لمحمد قال لا ارى في هذا قصاصا لانه اشتبه سبب الاستيفاء فانه
الولاء ان مات حرا والملك ان مات عبدا وصار كمن قال لغيره بعني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجها منك لا يحل له وطئها
لاختلاف السبب كذا هذا ولهما ان حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين وهو معلوم والحكم متحد واختلاف السبب لا
يفضي الى المنازعة ولا الى اختلاف حكم فلا يبالي به بخلاف تلك المسئلة لان حكم ملك اليمين يغاير حكم ملك النكاح ولا قصاص
الا بالسيف يعني اذا وجد القتل الموجب للقود لا يستوفى عندنا الا بالسيف وقال الش فعي ينظر ان كان قتل بفعل مشروع
مثل ان قطع يد رجل فمات منه فعل به مثل ذلك ويمهل مثل تلك المدة فان مات والا حز رقبته وان كان بغير فعل مشروع
كان سقاه الخمر حتى قتله او لاط بصغير فقتله يقتل بالسيف لان مبنى القصاص على المماثلة في الفعل لانه جزاء الفعل والموجود منه
القطع فيجب ان يجازى بالقطع والظاهر في القطع عدم السراية فان اتفقت السراية والا حز رقبته ويكون الحز تتميما للفعل
الاول لا جزاء مبتداء وقد روي عنه عم انه قال من غرق غرقناه ومن احرق احرقناه ولنا قوله عم لا قود الا بالسيف
والقود هو القصاص والقصاص هو الاستيفاء فكان هذا الحديث نصا على نفي استيفاء القصاص بغير السيف وان كان
به حكاكان سلاحا ولان القطع اذا اتصلت به السراية تبين انه وقع قتلا من حين وجوده فلا يجازى الا بالقتل
ولا نسلم وجود المماثلة فيما ذهب اليه لان فيه الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل لان فيه الحز بعد فعل مثل ما فعل به وانه غير
جائز لاداءه الى انتفاء القصاص فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم فان من كسر عظم انسان سوى السن عمدا فانه لا يقتص منه
واذا جاز ترك القصاص كله عند توهم الزيادة فلان يجوز ترك البعض اولى وقوله الحز يقع تتميما للقطع فاسد لان المتمم
شئ من توابعه والحز قتل وهو اقوى من القطع فكيف يكون من تمامه واما الحديث فالمراد منه السياسة بدليل انه
اضافه الى نفسه ثم اعلم ان الولي لو اراد ان يقتله بغير السيف لا يمكن لما قلنا ولو فعل يعزر لكن لا ضمان عليه ويصير
مستوفيا باي طريق قتله بالعصا او بالحجر او القاه من السطح او القاه في البئر او ساق عليه دابة حتى مات ونحو ذلك

لان القتل

لان القتل حقه فاذا قتله باي طريق كان فقد استوفاه الا انه ياثم بالاستيفاء بطريق غير مشروع لمجاوزته حد الشرع وله
ان يقتل بنفسه وبنائبه بان يامر غيره بالقتل لان كل واحد لا يقدر على الاستيفاء بنفسه اما لضعف بدنه او لضعف قلبه
او لقلة هدايته فيحتاج الى الانابة الا انه لا بد من حضوره عند الاستيفاء لاحتمال العفو الذي ندب اليه في الشرع ثم اذا قتله
المأمور والامر ظاهر صار مستوفيا ولا ضمان عليه اما اذا قتله والامر غير ظاهر وانكر ولي هذا القتيل الامر فانه يجب القصاص على
القاتل ولا يعتبر بتصديق الولي لان القتل العمد سبب لوجوب القصاص في الاصل فلو خرج من ان يكون سببا انما يخرج بالامر
وقد كذبه ولي هذا القتيل في الامر وتصديق ولي القصاص غير معتبر لانه صدقه بعد ما بطل حقه عن القصاص لفوات
محله فصار اجنبيا عنه فلا يعتبر تصديقه فلم يثبت الامر فبقي القتل العمد موجبا للقصاص ولو حفر بئرا في دار انسان فوقع فيها
انسان ومات فادعى ولي القتيل الدية فقال الحافر حفرته باذن صاحب الدار وصدقه صاحب الدار في ذلك لا ضمان على الحافر
استحسانا ويعتبر تصديقه لانه صدقه في فعل يمكن انشاء الامر به للحال وهو الحفر في ملكه فلم يكن هذا تصديقا بعد فوات
المحل فاعتبر بخلاف الاول كذا في البدائع ولابي المعتوه ان يقتص من قاطع يده اي يد المعتوه ومن قاتل قريبه لانه من باب
الولاية على النفس شرع لامر راجع الى النفس وهو تشفي الصدر فيليه كالنكاح ولكن لا يتوهم ان كل من يملك الانكاح يملك
استيفاء القصاص كالاخ فانه يملك الانكاح دون القصاص لانه شرع للتشفي وللاب شفقة كاملة يعد ضرب ولده ضرب
نفسه فجعل ما يحصل له من التشفي كالحاصل للابن بخلاف الاخ ولابي المعتوه ان يصالح فانه لكن لا بد ان يكون بدل الصلح
على قدر الدية فان نقص يجب كمال الدية لانه انظر في حق المعتوه كذا في العناية والزيلعي لا اي لا يجوز له ان يعفو لان فيه ابطال
حقه بغير عوض والصبي كالمعتوه فيلي ولي الصبي ما يليه ولي المعتوه والقاضي كالاب هو الصحيح ذكره اكثر المتاخرين في شروحهم
واستدلوا بما ذكر محمد في الكتاب ان من لا ولي له اذا قتل عمدا فللسلطان ان يستوفي القصاص ويصالح ولا يعفو
فكذا القاضي ذكره صاحب الهداية في آخر الفصل الثالث من الديات وكذا الوصي كالاب في جميع ذلك ويندرج فيه الصلح
عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف فان محمدا لم يستثن الا القتل ولذا قال المصنف الا انه لا يقتص في النفس
لانه ليس له ولاية على نفس الصغير والمعتوه والاستيفاء من قبيل الولاية وذكر محمد في كتاب الصلح ان الوصي لا يملك الصلح
اي عن النفس لانه تصرف في النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء واما الصلح عما دون النفس فيملكه ووجه
الاول ان المقصود من الصلح المال وانه يجب بعقده كما يجب بعقد الاب بخلاف القصاص لان المقصود التشفي وهو مختص
بالاب ولا يملك الوصي العفو لان الاب لا يملكه لما فيه من ابطال حق الصغير فهو اولى قالوا والقياس ان لا يملك الوصي الاستيفاء
في الطرف كما لا يملكه في النفس لان المقصود متحد وهو التشفي وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك
الاموال فانها خلقت وقاية للانفس كالمال فصار بمنزلة التصرف في المال كذا في الهداية ومن قتل وله اولياء صغار
وكبار فللكبار القصاص من قاتله قبل كبر الصغار خلافا لهما اذا كان اولياء القتيل كبارا وصغارا فاما
ان يكون فيهم الاب او لا فان كان فلهم الاستيفاء عند علمائنا بالاتفاق وان لم يكن فكذلك عند ابي حنيفة
وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار ولو غاب احد الكبار ينتظر حضوره اجماعا لهما ان القصاص مشترك بينهم
ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزي وفي استيفائهم الكل ابطال حق الصغار فيؤخر الى زمان ادراكهم
كما اذا كان بين كبيرين واحدهما غائب او كان بين المولين وله ثبوت التفرقة بين الصغار والغيب من حيث
احتمال العفو في الحال وعدمه فانه في الغائب موهوم فالاستيفاء يقع مع الشبهة وهو لا يجوز وفي الصغير مايوس
حال الاستيفاء وانتفاء الشبهة وهو حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة فيثبت لكل واحد كملا

كالولاية في الانكاح واما في مسئلة المولين فاحدهما انما لم ينفرد بالاستيفاء لان السبب لم يكمل في حقه لان بعض الملك
وبعض الولاء ليس سببا اصلا فكانا كشخص واحد ولو احد منهما كنصف رجل فيشطر عليه ومن قتل بحديدة اقتص
منه ان اصابه بحد الحديد فجرحه لانه كمل السبب لوجود الجرح وان اصابه بظهره او عصاه فلا يقتص وعليه الدية
وعندهما وهو رواية عنه يقتص اعتبارا منه بالآلة وهو الحديد وفي رواية عن ابي حنيفة يجب القصاص اذا جرح وهو الاصح
على ما نبينه ان شاء الله تعالى وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان واما اذا ضربه بالعود فانما تجب الدية لوجود قتل النفس
المعصومة وامتناع القصاص حتى لا يهدر الدم ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبير فيكون قتلا بالمثقل وفيه خلاف ابي حنيفة رح
وقيل هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي وهي مسئلة موالاة الضرب للشافعي ان الموالاة في الضربات الى ان
مات دليل العمدية فتحقق الموجب ولنا ما روينا الا ان قتيل خطاء العمد ويروى شبه العمد الحديث ولان فيه شبهة
عدم العمدية لان الموالاة قد تستعمل للتأديب او لعله اعتراه القصد في خلال الضربات فيعرى اول الفعل عنه
وعساه اصاب المقتل والشبهة دارئة للقود فوجبت الدية وكذا الخلاف في كل مثقل وفي التغريق والخنق فعند ابي
حنيفة رح لا يقتص وقالا يقتص منه وهو قول الشافعي غير ان عندهما يستوفي حزا وعند الشافعي يغرق للشافعي ما
روينا من قوله عليه السلام من غرق غرقناه ولهما ان الآلة قاتلة فاستعمالها امارة العمدية ولا شك في العصمة
ولابي حنيفة ما روينا من قوله عليه السلام الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط والعصا وفي كل خطاء ارش ولان
الآلة غير معدة للقتل ولا مستعملة فيه لتعذر استعماله فتمكنت شبهة عدم العمدية ولان القصاص ينبئ عن المماثلة
ولا تماثل بين غالب ويالمثقل نادر وما رواه غير مرفوع لانه يلزم على قوله التحريق وهو منهي عنه قال عليه السلام لا تعذبوا
احدا بعذاب الله وهو محمول على السياسة وقد اشارت الى كونه محمولا على السياسة اضافته الى نفسه حيث قال
غرقناه ولم يقل غرقوه واذا امتنع القصاص وجبت الدية وهي على العاقلة واختلاف الروايتين عن ابي حنيفة انما كان
في الكفارة فانه روي عنه ان لا كفارة في شبه العمد وروى الطحاوي ان فيه الكفارة عنده واما الدية فانها واجبة
من غير تردد كذا في الهداية والعناية وان تكرر ذلك منه قتل به اجماعا يعني للامام قتله سياسة لانه سعى في الارض
بالفساد ذكره في الاختيار ذكر في النوازل الخانق والساحر يقتلان اذا اخذا لانهما ساعيان بالفساد فان تابا
ان كان قبل الظفر بهما قبلت توبتهما وبعدما اخذا لا ويقتلان كما في قطاع الطريق وكذا الزنديق المعروف الداعي
اليه يعني الى مذهب الالحاد قال رح والاباحي على هذا ولا تقبل توبته هكذا افتى الشيخ الامام عز الدين الكندي بسمرقند
والخاقان ابراهيم بن محمد طمغاج خان قبل فتواه وقتلهم كذا في الخلاصة ولا قصاص في القتل بموالاة ضرب السوط
عندنا خلافا للشافعي لما ذكرنا ومن جرح عمدا فلم يزل ذا فراش حتى مات اقتص من جارحه لوجود السبب وهو قتل
من هو محقون الدم ابدا عمدا وعدم ما يبطل حكم القصاص من عفو او شبهة واذا التقى الصفان من المسلمين
واهل الحرب فقتل مسلم مسلما ظنه حربيا لا قود عليه فعليه الدية والكفارة لان هذا احد نوعي الخطأ اعني الخطأ في القصد
والخطأ نوع عنه لا يوجب القود ويوجب الدية والكفارة قال الله تعالى من قتل مؤمنا خطاء الآية وروي ان سيوف
المسلمين توالت على ابي حذيفة اليماني في بعض الليالي في غزوة خندق فقتلوه على ظن انه مشرك فقضى عليه السلام
بالدية فوهبها لهم حذيفة قالوا انما تجب الدية اذا كانوا مختلطين فان كان في صف المشركين لا تجب لسقوط عصمته بتكثير
سوادهم قال عليه السلام من كثر سواد قوم فهو منهم ذكره في الهداية وقوله من كثر سوادهم اي من تزيى بزيهم ولم
يتخلق بخلقهم فكيف حال اهل زماننا المتزيين بزيهم المتخلقين باخلاقهم كذا في الزاهدي ومن مات بفعل نفسه وان

شج

شج نفسه وفعل زيد بالشجة ايضا وفعل حية بان لدغته وفعل اسد بان عقره فعلى زيد ثلث ديته لان فعل الحية
والاسد جنس واحد لكونه هدرا في الدنيا والآخرة وفعله بنفسه هدر في الدنيا بان لم يكن معتبرا في حق الضمان
لمكان الاستحالة والثاني لكنه معتبر في العقبى حتى يؤثم عليه وفي النوادر ان عند ابي حنيفة رح ومحمد يغسل ويصلى عليه
جعلاه هدرا في احكام الدنيا وكانه مات بالبصيرة وعند ابي يوسف لا يغسل ولا يصلى عليه بمنزلة الباغي جعله هدرا
من وجه في احكام الدنيا حيث غسله ومعتبرا من وجه حيث لم يصل عليه فالحاصل ان فعل نفسه لم يكن هدرا مطلقا
فكان جنسا آخر وفعل الاجنبي معتبر في الدنيا والآخرة فصارت ثلاثة اجناس فكان النفس تلفت بثلاثة افعال
فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية ومن شهر بالتخفيف اي مد على المسلمين سيفا على
قصد قتله ليلا او نهارا في مصر وغيره وجب على المشهور عليه قتله لم يجب قتله لعينه كما ان قتل الحربي لم يجب لعينه
بل لدفع الضرر ولاعلاء كلمة الله قال عليه السلام من شهر على المسلمين سيفا فقد اطل دمه اي اهدره ولو ترك المشهور عليه
قتل الشاهر مع امكانه كان آثما وهذا اذا لم يمكن دفعه بغير القتل كالتهديد والصياح والا فالقود عليه بقتله كما في
الكرماني وغيره وان لم يثبت شهر سيفه فعليه القود قضاء ولم يكن عليه شيء ديانة كما في اقرار الخلاصة كذا في
القهستاني قال صاحب الهداية والمعنى اي ومعنى الوجوب دفع الضرر لان الواجب هو دفع الضرر على اي وجه
كان لا عين القتل ثم القصاص وان لم يكن واجبا بقتل الشاهر لكن احتمل بقتله وجوب الضمان على القاتل
كما في المجمل نفاه بقوله ولا شيء بقتله ان كان مكلفا فرع رجل رأى رجلا يزني بامرأته او بامرأة رجل آخر وهو
محصن فصاح به فلم يهرب ولم يمتنع عن الزنا حل لهذا الرجل قتله فان قتله لا قصاص عليه وكذلك اذا رأى
رجلا يسرق ماله فصاح به ولم يهرب او رأى رجلا ينقب حائطه او حائط غيره وهو معروف بالسرقة فصاح
به ولم يهرب حل له قتله ولا قصاص عليه وكذلك الرجل فرع يقتل في قطع الطريق حل له قتله ولا قصاص عليه
كذا في قاضي خان ولا شيء ايضا في قتل من شهر على آخر سلاحا ليلا او نهارا في مصر او غيره او شهر عليه اي على
آخر عصا ليلا في مصر او نهارا في غيره فقتله المشهور عليه لما بينا وهذا لان السلاح لا يلبث فيحتاج الى
دفعه بالقتل والعصا الصغير وان يلبث ولكن في الليل لا يلحقه الغوث فاذا قتله كان دمه هدرا قالوا لو كان
كان عصا لا يلبث يحتمل ان يكون مثل السلاح عندهما كذا في الهداية وقال صدر الشهيد في شرح الجامع
الصغير فان شهر عليه عصا نهارا في مصر فقتله المشهور عليه عمدا قتل به انتهى وفي شرح الجامع الصغير
لقاضي خان رجل شهر سلاحا على رجل في المصر ليلا او نهارا او في غير المصر فقتله المشهور عليه عمدا لا شيء
عليه لانه قتل لدفع الشر عن نفسه ودفع الشر مباح او واجب وان شهر عليه عصا في المصر نهارا فقتله
المشهور عليه بالحديد عمدا قتل به لانه قادر على دفع الشر عن نفسه بدون القتل لان العصا لا يلبث
وفي المصر يلحقه الغوث وان كان الخشب او الحجر عظيما لا يلبث فهو بمنزلة السلاح في هذا الحكم كذا في
حاشية سعدي جلبي على الاكمل ولا شيء على قتل من سرق متاعه ليلا واخرجه اي المتاع من الدار لقوله
عليه السلام قاتل دون مالك اي لاجل مالك وكذا اذا دخل رجل دار رجل بالسلاح فغلب على ظن
صاحب الدار انه جاء لقتله ذكره في ايضاح ابن كمال وهكذا في كتاب الكراهة والاستحسان من التاتارخانية
وكذا اذا قتله قبل اخذ ماله ان لم يمكنه الاسترداد او الدفع بدون القتل اما اذا امكنه بطريق آخر كالتهديد
والصياح عليه فيكون القتل مضمونا ذكره في الكفاية ويجب القصاص على قاتل من شهر عصا نهارا في مصر

فيضطر الى دفعه بالقتل وكذا في النهار في المصر في الطريق لا يلحقه الغوث صح

او شهر سيفا وضرب به اى بالعصا او السيف ولم يقتل ورجع الشاهر ثم تبعه المشهور عليه وغيره فقتله لانه اذا
ضرب ولم يقتل ورجع عادت عصمته الزائلة بالضرب فاذا قتله آخر فقد قتل معصوما فعليه القصاص ومن لو شهر مجنون او صبى على
آخر سيفا فقتله الآخر عمدا فعليه الدية فى ماله وقال الشافعى لاشئ عليه وعن ابى يوسف انه يجب الضمان فى الدابة ولا يجب فى
الصبى والمجنون للشافعى انه قتله دفعا عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر ولابى يوسف ان فعل الدابة غير معتبر اصلا حتى لو
تحقق التلف منها لا يوجب الضمان اما فعلهما فمعتبر فى الجملة حتى لو حققاه يجب عليهما الضمان ولنا انه قتل شخصا معصوما
او اتلف مالا معصوما حقا للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطا وكذا فعلهما وان كان عصمتهما حقهما لعدم اختيار صحيح ولهذا
لا يجب القتل بتحقق الفعل منهما بخلاف العاقل البالغ لان له اختيارا صحيحا وانما لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر
فيجب الدية كذا فى الهداية ولو قتل جملا صائلا اى حمل وهجم عليه ضمن قيمته لما عرفت ان فعله غير مسقط فلم يقع بغيا فلا يسقط
عصمته فيجب القيمة **باب القصاص فيما دون النفس** لما فرغ من بيان القصاص فى النفس اتبعه بما هو بمنزلة التبع
وهو القصاص فى الاطراف هو اى القصاص فيما دونها يتحقق فيما يمكن فيه حفظ المماثلة بين الفعلين فى المقدار اذ هى
الاصل فى الباب فان لم تمكن لم يجب الا الدية اذا كان الفعل عمدا محضا اذ لا قصاص فى شبه العمد والخطاء ونحوهما وقد مر ذلك
فيقتص بقطع اليد من المفصل من الرسغ والمرفق والمنكب لامكان حفظ المماثلة قال الله تعالى والجروح قصاص وهو ينبئ عن
المماثلة ولان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال ولهذا لا يقطع الصحيح بالاشل والكامل بالناقص الاصابع لاختلافهم
فى القيمة بخلاف النفس ولو قطع ما بين الرسغ والمرفق او ما بينه وبين المنكب لا يجب القصاص لانه كسر العظم ولا ضابطة له
وان للوصل كانت يد القاطع اكبر من يد المقطوع لان منفعة اليد وهو البطش لا تختلف بذلك ولا ير د الشجة الموضحة
اذا اخذت ما بين قرنى المشجوج ولم يأخذ من الشاج لكبر رأسه فان الكبر قد يعتبر ويخير المشجوج بين الاقتصاص بمقدار شجته
وبين اخذه ارش الموضحة لما سيأتى وكذا فى قطع الرجل من المفصل من الكعب والركبة والورك وفى قطع مارن وهو ما لان
من الانف والاذن بل لو قطع القصبة او بعض المارن ليس فيه قود بل حكومة عدل كما فى الزاهدى وذكر فى المضمرات لو قطع
الانف من اصل العظم وجب القصاص وان وجد الريح وفى رواية ابى سليمان ان وجد ريح طيب فالدية وفى قطع الاذن
من اصلها وكذا قطع الشحمة والغضروف فلو كان القاطع صغير الاذن او مقطوعها فله نصف الدية كما فى التتمة كذا فى القهستانى
وفى العين ان ذهب ضوءها بضرب او غيره وهى اى العين قائمة مرئية لامكان حفظ المماثلة لا اى لا يقتص ان قلعت
اشار الى كيفية القصاص فى مقابلة العين التى ذهب ضوؤها بقوله فيجعل على كل جفن من عين يقتص فيها آلة مخصوصة
حافظة له من الانضمام ثم على كل الوجه سوى عين يقتص فيها قطن رطب اى خرقة منه مبلولة وتقابل عينى المقتص فيها بمرآت
قريبة من تلك العين محماة بحيث تلتهب حتى يذهب ضوؤها كذا فى المختار روى ذلك عن على وغيره من الصحابة ولانه طريق
الى استيفاء القصاص فيسلك كذا فى الاختيار وقال قاضيخان فاذا سالت ناظرته تم القصاص ويكف عنه وعن محمد
اذا قور عين رجل نبرأ يقتص مثله ولكن فى افقاء العين اليمنى من رجل واليسرى من الفاقئ ذاهبة وعينه اليمنى صحيحة يقتص له
من عينه اليمنى ويترك اعمى وعن الحسن فى افقاء عين رجل وكانت عينه حولاء الا ان ذلك لا يضر ببصره ولا ينقص منه شيئا
نفقأها ان عمدا يقتص منه وان كان الحول شيئا يضر ببصره نفقئت كان فيها حكومة عدل ولو كان الفاقئ
شديد الحول يضر ببصره نفقأ عينا ليس بها حول كان المجنى عليه بالخيار ان شاء اقتص منه ورضى بالنقصان وان شاء
ضمنه الدية فى ماله ولو انكر الضارب فى ذهاب البصر والعين قائمة قال بعضهم ان اخبر رجلان من اهل العلم انه قد ذهب
بصره يؤخذ بقولهما وقال محمد بن مقاتل يقابل المضروب مستقبل الشمس مفتوح العين ان دمعت عينه علم ان بصره قائم

وان لم تدمع

وان لم تدمع علم انه ذهب بصره وذكر الناطفى ان ضمان العين على مراتب ثلاث احدها ان يكون فى احد بدلها
نصف بدل الذات وهو الآدمى ففى الحر نصف الدية وفى المملوك نصف القيمة والثانى ان يكون فى احدهما ربع بدل
الذات كالبهائم التى يحمل عليها ويركب نحو الفرس والابل والحمار والبغل والبقر والثالث ان يكون الواجب فى
احد العينين ما انتقص من قيمته كالشاة والكلب والسنور والطير وغير ذلك فقال ابو حنيفة فى عين البرذون
والابل والبغل والحمار ربع القيمة وكذا فى عين بقرة الجزار ربع القيمة وكذا فى عين الفصيل والجحش وفى احدى
عينى الشاة والحمل والطير والكلب والسنور ما انتقص من قيمته وقال ابو يوسف عليه النقصان فى جميع البهائم
الكل من قاضيخان وفى كل شجة هى لغة جراحة فى الرأس فوقه او طرفا آخر منه كالجبهة والخد واللحى والذقن كما
فى الاختيار ثم استعملت فى غيرها كما قال ابن الاثير فالمراد كل جراحة فى الرأس او غيره يمكن ان تراعى فيها
المماثلة اى مماثلة الشاج والمشجوج فى المقدار كالموضحة وهى ان يظهر العظم اعلم ان فى ظاهر الرواية يقاد فى
الموضحة فما فوقها من الشجاج الست وبه اخذ عامة المشايخ وروى الكرخى عن اصحابنا انه لا قود الا فى
الموضحة وبه اخذ بعض المشايخ فيستوفى على ساحة الشجة طولا او عرضا ومكانا فلو كانت فى مقدم الرأس
او مؤخره او وسطه تقتص الشاج بمثله فى ذلك الموضع بان يقدر غورها بمسمار ثم يعمل حديدة على
قدره فيقطع به مقدار ما قطع ولا يقطع ما دون الموضحة لعدم امكان المماثلة وذا بالاجماع كما فى الذخيرة
وغيره ولا قصاص فى عظم لتعذر المماثلة سوى السن وهذا الاستثناء متصل فان السن عظم وليس
بعصب على المختار واللام للعهد اى سن اصلية فانه لا قصاص فى السن الزائدة كذا فى القهستانى اختلف
الاطباء فى السن هل هو عظم او طرف عصب يابس فمنهم من ينكر انه عظم لانه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة
ويلين بالخل ومنهم من قال هو عظم واليه مال صاحب الهداية وعبارة المختار هكذا ولا قصاص فى عظم الا السن روى
ذلك عن عمر وابن مسعود ولان المماثلة متعذرة فيما سواه من العظام لانه اذا كسر موضع ينكسر موضع آخر لانه
اجوف كالقارورة ممكنة فى السن قال تعالى والسن بالسن فيقلع سن الضارب ان قلع سن المضروب ويبرد
اى يكسر بالمبرد ان كسر الى ان تساويا تحقيقا للمساواة حتى لو كان السن بحال لا يمكن برده لا قصاص ويجب
الدية فى ماله ولا اعتبار بالكبر والصغر لاستوائهما فى المنفعة كذا فى الاختيار وانما اطلق ولا يقاد الا بعد ابراء موضع
السن لما سيأتى لاحتمال السراية وقالوا ينتظر سنة مطلق للاحتمال فينبغى للقاضى ان يأخذ منه كفيلا ثم يؤجل سنة
من وقت القلع فاذا مضت سنة ولم ينبت اقتص منه كما روى عن ابى حنيفة وينبغى ان يقتص الضرس بالضرس
والثنية بالثنية والناب بالناب ولا يؤخذ الاعلى بالاسفل ولا بالعكس لان تفاوت المساواة فلو دخل عيب
من السواد او الاخضرار او غيره لم يقتص وفيها الدية الكل فى الذخيرة كذا فى القهستانى ولا قصاص بين طرفى ذكر وانثى
وبين طرفى حر وعبد او طرفى العبدين وقال الشافعى يجب القصاص الا اذا قطع الحر طرف العبد فانه لا قصاص
عنده ايضا والشافعى اخذ بقول ابن ابى ليلى وسلكا فى الباب طريقا سهلا وهو اعتبار الاطراف بالنفوس
لانها تابعة للنفوس فكما يجرى القصاص بين الرجال والنساء فى النفوس فكذا فى الاطراف لكونها تابعة لها ولنا
ما مر ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للانفس كالاموال فينعدم التماثل بالتفاوت فى القيمة
والتفاوت معلوم قطعا بتقويم الشرع فان الشرع قوم اليد الواحدة للحر بخمسمائة دينار قطعا ويقينا ولا يبلغ
يد العبد الى ذلك فان بلغت كان بالحزر والظن فلا يكون مساوية ليد الحر يقينا فان كان التفاوت معلوما

قطعا امكن اعتباره فلا يقطع الصحيح بالاشل والكامل بالناقص الاصابع لاختلافهما في القيمة بخلاف التفاوت
في البطش لانه لا ضابط له فاعتبر اصله وبخلاف الانف لان المتلف ازهاق الروح ولا تفاوت فيه ولا في قطع
يد من نصف الساعد ولا في جائفة برئت لتعذر اعتبار المماثلة اذ الاول كسر العظم وقد مر انه لا ضابط فيه
وكذا البرء نادر فيفضي الثاني الى الهلاك ظاهرا ولا في قطع الذكر ولا في الذكر وعن ابي يوسف انه اذا قطع من
اصله يجب القصاص لانه يمكن اعتبار المساواة ولنا ان كل واحد منهما ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة
الا ان قطعت الحشفة فقط لان موضع القطع معلوم كالمفصل ولو قطع بعض الحشفة او بعض الذكر فلا قصاص
فيه لان البعض لا يعلم مقداره بخلاف الاذن اذا قطع كله او بعضه لانه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد يعرف
فيمكن اعتبار المساواة والشفتان ان استقصاهما بالقطع يجب القصاص لامكان اعتبار المساواة بخلاف
ما اذا قطع بعضهما لانه يتعذر اعتباره كذا في الهداية وطرف المسلم والذمي سواء كلتا ويهما في الارش وخير
المجني عليه بين القصاص واخذ الارش لو كانت يد القاطع شلاء وكانت يد المقطوع صحيحة او كانت يد القاطع
ناقصة الاصابع وقد كانت يد المقطوع طوال الاصابع فالمقطوع بالخيار لان استيفاء الحق كملا متعذر فله ان يتجوز
بدون حقه وله ان يعدل الى العوض كالمثلي اذا انصرم عن ايدي الناس بعد الاتلاف ثم اذا استوفاها ناقصة فقد رضي
به فيسقط حقه كما اذا رضي بالردي مكان الجيد ولو سقطت المؤفة قبل اختيار المجني عليه او قطعت ظلما فلا شئ
عليه عندنا لان حقه متعين في القصاص لانه لو زال الشلل قبل ان يستوفي الارش لم يكن له الا القصاص وعند الشافعي
ان الواجب احد الامرين اما القصاص او الارش فاذا تعذر احدهما لفوات محله تعين الآخر ولنا ان الواجب القصاص
عينا لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وقد قررنا وجه تمسكنا بهذه الآية بخلاف ما اذا قطعت يد الجاني قصاصا
او سرقة حيث يجب الارش اذا وفي به حقا مستحقا فصارت سالمة له معنى او كان راس الشاج اصغر من راس
المشجوج او اكبر منه بحيث لا يستوعب الشجة ما بين قرنيه اي قرني الشاج وقد استوعبت الشجة ما بين قرني
المشجوج فالمشجوج بالخيار ان شاء اقتص بمقدار شجته يبتدئ من اي الجانبين شاء وان شاء اخذ الارش
لان المعتبر في ذلك الشين ولهذا لو برئت ونبت الشعر سقط الضمان فاذا كان راس الشاج اصغر فقد تعذر
استيفاء حقه كاملا لانه ان اخذ بقدر شجته مساحة يتعدى الى غير حقه لانه اذا شج ما بين قرنيه وما بين قرني الشاج
اقل مساحة فاذا استوفى مقدار شجته فقد تعدى الى غير حقه فيتخير واذا كان راس الشاج اكبر فالمشجوج ان شاء اخذ
بقدر شجته وان شاء اخذ ارشها لانه اخذ ما بين قرني الشاج يزداد شين الشاج بطول الشجة وليس في ذلك
فيتخير وكذلك اذا استوعبت الشجة من جهة المشجوج الى قفاه ولا تبلغ قفا الشاج تخير كما قلنا وحكى الطحاوي
عن محمد بن العباس الرازي ان له ان يستوفي ما بين قرني الشاج وان كان اوسع اعتبارا باليد فان
الكبير يقطع بالصغير والجواب ان القصاص في الشجة انما يثبت لاجل الشين الذي يتعلق بها لا لاجل المنفعة
والشين يزداد بزيادة الشجة والقصاص في اليد لتفويت المنفعة والصغيرة كالكبيرة فيهما كذا في الخبازي فروع
والنقصان نوعان نقص مشاهد كالشلل فيمنع استيفاء الكامل بالناقص ولا يمنع من استيفاء الناقص
بالكامل ونقص من طريق الحكم كاليمين مع اليسار فيمنع استيفاء كل واحد من الطرفين بالآخر وكذا الاصابع
لا تقطع الا بمثلها اليمنى باليمنى واليسرى باليسرى وكذا العين اليمنى باليمنى واليسرى باليسرى والناب بالناب
والثنية بالثنية والضرس بالضرس ولا يؤخذ الاعلى بالاسفل لان القصاص مبني على المساواة ولا مساواة

الابالت

الابالت وهي في المنفعة والقيمة والعضو وقس على هذا امثاله كذا في الاختيار فصل لما كان تصور سقوط
الجناية بالعفو والصلح بعد تصور ثبوتها وموجبها اتبعه ذلك في فصل على حدة ويسقط القصاص بموت القاتل
لفوات محل الاستيفاء فاشبه موت العبد الجاني وبعفو الاولياء عن الدم وبصلحهم على مال وان قل لان القصاص
حقهم فيجوز تصرفهم فيه كيف شاؤا والشرط كونهم عقلاء بالغين وقال الحسن في تأويل قوله تعالى ومن احياها فكانما
احيا الناس جميعا اي من احياها بالعفو وقيل في تأويل قوله تعالى ذلك تخفيف من ربكم ورحمة ان ذلك العفو والصلح
على ما قيل ان حكم التوراة القتل لا غير وحكم الانجيل العفو بغير بدل لا غير فخفف على هذه الامة فشرع العفو بلا بدل اصلا
والصلح ببدل سواء عفوا عن الكل او عن البعض لان القصاص لا يتجزى وذكر البعض فيما لا يتبعض كذكر الكل كالطلاق
وتسليم الشفعة وغيرهما فاذا سقط القصاص بالعفو لا ينقلب مالا عندنا لان حق الولي في القصاص عينا وقد مر منا
انه احد قولي الشافعي وقد اسقطه لا الى بدل ومن له الحق اذا اسقط حقه مطلقا وهو من اهل الاسقاط والمحل قابل
للسقوط يسقط مطلقا كالابراء عن الدين ونحو ذلك وعلى قوله الآخر الواجب احدهما فاذا عفى عن القصاص تصرف
الى الواجب تصحيحا لتصرفه من له على آخر دراهم ودنانير ولا ينوي احدهما بعينه فابرأ المديون عن احدهما ليس
له ان يطالبه بالآخر لما قلنا كذا هذا ولو عفا عنه ثم قتله بعد العفو يجب القصاص عند عامة العلماء وقال بعض الناس لا يجب
لقوله تعالى فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب اليم جعل جزاء التعدي وهو القتل بعد العفو العذاب الاليم وهو عذاب
الآخرة فلو وجب القصاص في الدنيا لصار المذكور بعض الجزاء ولان القصاص في الدنيا يرفع عذاب الآخرة لقوله عليه
السلام السيف محاء للذنوب وفيه نسخ الآية ولنا عمومات القصاص من غير فصل بين شخص وشخص وحال وحال
الا ان يخص بدليل وكذا الحكمة التي لها شرع القصاص وهو الحيوة تقتضي الوجوب واما الآية فقد قيل في بعض
وجوه التأويل ان العذاب الاليم ههنا هو القصاص لان القتل غاية العذاب الدنياوي في الايلام فعلى هذا التأويل
كانت الآية حجة عليهم او يحتمل هذا ويحتمل ما قالوا فلا يكون حجة مع الاحتمال كذا في البدائع ويجب المال الذي هو بدل الصلح
حالا وان لم يذكروا الحلول والتأجيل لانه مال واجب بالعقد والاصل في امثاله الحلول كالمهر والثمن كذا في الدرر ويسقط
القصاص ايضا بالصلح بعضهم اي بعض اولياء القتيل او عفوه ولمن بقي حصته من الدية واصل هذا ان حق جميع الورثة
وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي في الزوجين كذا في الهداية قال في النهاية هذا اللفظ كما ترى يدل على انه ليس للزوجين
حق في القصاص والدية جميعا عندهما ونقل من المبسوط والايضاح والاسرار ما يدل على ان خلاف مالك في الدية خاصة
وان الشافعي يقول الزوج لا يستوفي القصاص ولهما حق العفو وقال في العناية والمشهور من مذهبهما
ما نقله صاحب الهداية بل الصحيح من مذهب الشافعي ثبوت حق القصاص والدية لكل وارث كما هو مذهبنا به
صرح في كتبهم ذكره سعدي جلبي في حاشيته على الاكمل لهما ان الوراثة فيما يجب بعد الموت خلافة وهي فيما لنسب
لا بالسبب لانه انقطاع بالموت والقصاص والدية انما يجبان بعد الموت ولنا انه فاسد بالنقل والعقل اما
الاول فلان النبي عليه السلام امر بتوريث امرأة اشيم الضبابي من عقل زوجها اشيم واما الثاني فلانهما
موروثان كسائر الاموال بالاتفاق حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص بين
الصلبي وابن الابن فيجب ان يثبتا في حق الزوجين كذلك لان وجوبهما اولا للميت ثم يثبت للورثة ولا
نقع للميت الا بان يستند الى سببه وهو الجرح فصار كسائر الاموال في ثبوتهما قبل الموت الا يرى انه اذا
اوصى بثلث ماله دخلت دية فيها ويقضي منه ديونه والزوجية تبقى حكما بعد الموت في حق الارث وكان على حصته

يقسم الدية على من احرز الميراث وكفى به قدوة واذا ثبت ذلك للجميع فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والاسقاط عفواً
وصلحاً ثم من ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزى بخلاف ما اذا قتل رجلين وعفا
احد الوليين لان الواجب فيه قصاصان من غير شبهة لاختلاف القتل والمقتول وههنا واحد لاتحادهما فاذا سقط
القصاص ينقلب نصيب الباقين مالاً لانه امتنع لمعنى راجع الى القاتل وهو ثبوت عصمته بعفو البعض وليس للعافي شيء
من المال لانه اسقط حقه بفعله ورضاه ثم يجب المال في ثلاث سنين وقال زفر يجب في سنتين فيما اذا كان بين شريكين
فعفا احدهما لان الواجب بالعفو نصف الدية فيكون في السنة الاولى الثلث وفي الثانية السدس كما اذا قطع يد
انسان خطاء وقلنا الواجب بعض بدل الدم لان بدل الكل كله مؤجل الى ثلاث سنين فكذا بعضه كالالف المؤجلة
الى ثلاث سنين فان كل درهم منها كذلك والواجب في اليد كل بدل الطرف وهو في سنتين في الشرع على القاتل
هو الصحيح وقيل يجب المال على العاقلة وجه الصحيح ان القتل عمد الا انه تعذر استيفاء القصاص لمعنى راجع الى القاتل
كما ذكرنا والعاقلة لا تعقل العمد كذا في البدايع وشروح الهداية وعندنا ان الصلح على اكثر من الدية باطل ولو اخذ القاتل
الف درهم على انه يعفو عنه يوما الى الليل فهو عفو وصلح جايز لان التوقيت يلغو في ذلك والقاتل وان برئ عن القصاص
الا انه لم يبرأ عن الظلم والعدوان ديانة والعفو يكون افضل من الصلح كما يكون افضل من القتل الكل في الظهيرية
وهذا كله في العمد واما في الخطاء فالصلح على اكثر من الدية باطل لان الدية امر مقدر فالزيادة ربوا كذا في القهستاني ولو
قتل حر وعبد شخصا فامر الحر وسيد العبد رجلا بالصلح عن دمهما بالف فصالح المأمور على ذلك فهما نصفان لان عقد
الصلح اضيف اليهما ويقتل الجمع بالفرد والقياس لا يقتضيه لانتفاء المساواة لكنا تركناه لما روي ان سبعة من اهل صنعاء
قتلوا رجلا فقضى عمر رضه بالقصاص عليهم وقال لو تمالا عليه اهل صنعاء لقتلتهم والتمالو التعاون وصنعاء اليمن قصبتها
وروي عن علي رضه انه قتل ثلاثة بواحد وعن ابن عباس رضه انه قتل جماعة بواحد وكانت الصحابة متوافرة ولم ينكر عليهم
احد فحل محل الاجماع ولان القتل بطريق التغالب غالب فان القتل بغير حق لا يتحقق غالبا الا بالاجتماع لان الواحد
يقاوم الواحد وما غلب وقوعه من الفساد يوجب مزجرة فيجب القصاص تحقيقا لحكمة الاحياء فانه لو لم يجب لا يعجز المفسد
عن ان يجمع عليه امثاله ويقتل لعلمه ان لا قصاص فيؤدي الى سد باب القصاص ولان القتل جرح صالح لازهاق الروح
وقد وجد من كل واحد منهم بحيث انه لو انفرد عن الباقين كان قاتلا بصفة الكمال والحكم اذا حصل عقيب علل لا بد من
الاضافة اليها فاما ان يضاف اليها توزيعا او كملا والاول باطل لعدم التجزي فتعين الثاني ولهذا اذا حلف جماعة كل منهم
انه لا يقتل فلانا فاجتمعوا على قتله حنثوا كذا في العناية واشترط الجرح الصالح لزهوق الروح من كل واحد منهم فلو لم يكن
الكل قاتلا على الكمال فلو اعانوه عليه بنحو الامساك والاخذ ليس عليهم القود كما في الزاهدي ولو اشترك رجلان في
قتل رجل احدهما بعصا والاخر بحديد عمدا وجب الدية عليهما مناصفة كما في قاضي خان ولو قتل فردا جمع واحد منهم
ابوه او مجنون ليس عليهم القود اصلا كما في الجواهر كذا في القهستاني ويقتل الفرد بالجمع اكتفاء بلا لزوم مال ان
حضر اولياؤهم لان الزهوق لا يتجزى فيصير الكل اخذا بحقه وان حضر واحد من الاولياء قتل له وسقط حق البقية
وقال الشافعي يقتل بالاول منهم وتجب الديات بينهم ويقرع بين اولياء المقتولين فايهم خرجت قرعته قتل به
وتجب الديات للباقين ولنا ان كل واحد من اولياء القتلى قاتل قصاصا بوصف الكمال لانه لا يتجزى اصله الفصل
الاول فان الجماعة تقتل بالواحد اتفاقا ولو لم يكن بينهما مماثلة لما جاز ذلك فاذا كان الجماعة مثلا للواحد كان العكس
كذلك لان المماثلة انما يكون من الجانبين ولان القصاص شرع مع المنافي وهو قوله عليه السلام الآدمي بنيان الرب

قوله يعني اذا قتلهم على التعاقب وان قتلهم جملة او جهل الاول فيقتل لهم ويقسم الديات ح

معلوم من هدم بنيان الرب وتحقيق الاحياء قد حصل بقتل القاتل فاكتفى به ولا شيء لهم غير ذلك ولا تقطع يدان بيد
واحدة لان تعدد الجاني في الاطراف ليس كتعدده في النفس عندنا فاذا قطعا يدا فلا قصاص اصلا وان الوصل
امرا سكينا واحدا من جانب فقطعا معا وقال الشافعي ان وضع احدهما السكين من جانب والاخر
من جانب حتى التقى السكينان فالحكم ذلك لان كلا منهما لم تقطع الا بعض اليد فلا يقطع به كل يده وان اخذا
سكينا واحدا من جانب واحد وامراه على يده حتى انقطعت يده قطعت ايديهما اعتبارا لها لكونها تابعة لها واما
ان يجمع بينهما بجامع الزجر ولنا ان كلا منهما قاطع بعض اليد سواء كان المحل متحدا او مختلفا لانا نعلم ان ما انقطع
بفعل احدهما لم ينقطع بفعل الاخر وقاطع بعض اليد لا يقطع كل يده قصاصا لانتفاء المماثلة وهذا لان المحل متجز فان
قطع بعض وترك بعض مقصود فلا يمكن ان يجعل كل واحد كملا بخلاف النفس فان الانزهاق لا يتجزى كما مر بل
يضمنان ديتها اي يضمن القاطعان دية اليد المقطوعة لان التلف حصل بفعلهما فيجب عليهما نصف الدية على
كل منهما الربع من مالهما فان قطع رجل يمني رجلين سواء قطعهما معا او على التعاقب وقيد بيمينيهما لانه لو قطع
يمين احدهما ويسار الاخر قطعت يداه وكذا اذا قطعهما الواحد فلهما قطع يمينه ودية بينهما ان حضرا معا وقال
الشافعي في التعاقب يقطع للاول وفي القران يقرع لان اليد استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق فيها للثاني
كالرهن بعد الرهن وفي القران اليد الواحدة لا تفي بالحقين فترجح بالقرعة ولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق
فيستويان في حكمه كالغريمين في التركة والقصاص ملك الفعل لثبوته مع المنافي لان من عليه القصاص حر فلا يظهر الا في حق
الاستيفاء وتوضيحه ان القصاص ملك الفعل ثبت ضرورة الاستيفاء فلا يتعدى الى شغل المحل الخالي بحريته عنه واذا
لم يكن المحل مشغولا لم يمنع عن ثبوت الثاني بخلاف الرهن لان الحق ثابت في المحل فصار كما اذا قطع العبد يمينيهما
على التعاقب يستحق رقبته لهما واما ثبوت الدية لهما فلما عرفت ان الاطراف في حكم الاموال فقد كان القود
ثابتا لهما على الكمال لكن كل واحد منهما لم يستوف حقه كما هو فلزم بالضرورة اعتبار مالية الاطراف ايضا كيلا يبقى
حق المظلوم على الظالم ولهذا وجبت الدية بخلاف ما اذا كان القصاص في النفس حيث يكتفى فيه بالقتل لهما
بدون الدية وان حضر احدهما اي احد المقطوعين فقطع يد القاطع فللاخر الدية اي دية يد واحدة لان
للحاضر ان يستوفي حقه لثبوته بيقين وحق الغائب متردد لاحتمال ان لا يطلب او يعفو مجانا او صلحا فلا
يؤخر المعلوم للموهوم كاحد الشفيعين اذا ادعى الشفعة والاخر غائب يقضى بالجميع له كما مر فاذا استوفى
الحاضر لم يبق للغائب محل الاستيفاء فتعين حقه كما في تحمل الدية وصح اقرار العبد بقتل العمد قيد بالعمد لانه
لو اقر بالخطاء لا يجوز سواء كان مأذونا او محجورا اما المحجور فظاهر واما المأذون فلانه ليس من التجارة ح
ويقتص به وقال زفر لا يصح اقراره لانه يلاقي حق المولى بالابطال فصار كما اذا اقر بالمال ولنا انه غير متهم فيه
لانه مضر به فيقبل ولان العبد مبقى على اصل الحرية في حق الدم عملا بالادمية حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد
والقصاص وكل ما لا يصح اقرار المولى على العبد فيه فهو بمنزلة الحر ولهذا يقع طلاق زوجته بالاقرار كوقوعه ح
بالايقاع واذا اقر بسبب توجب الحد يؤخذ به وبطلان حق المولى بطريق الضمن فلا يبالي به ومن رمى رجلا
عمدا فنفذ السهم منه الى اخر فماتا اقتص للاول لان الاول عمد لانه قصد بقصد منه ففيه القصاص وعلى عاقلته
الدية للثاني لانه خطاء لانه لم يقصده كانه رمى صيدا فاصاب ادميا وفيه الدية والفعل يوصف بوصفين
متضادين بالنسبة الى امرين كالحركة مثلا فانه يجوز ان يوصف بالسرعة بالنسبة الى حركة وبالبطوء بالنسبة

الى اخرى فكذلك هذا الفعل يوصف بالعمد نظرا الى قصده بالنسبة الى الشخص الاول وبالخطأ نظرا الى عدمه
بالنسبة الى الثاني كذا في العناية **فصل** ذكر حكم الفعلين عقيب فعل واحد في فصل على حدة رعاية للتناسب
ومن قطع يد رجل ثم قتله اخذ بهما اي اخذ القاطع بموجب قطعه وقتله مطلقا اي القطع والقتل عمدين او خطائين
ان تخللهما اي القطع والقتل برء فيجب القصاص بالقتل والقطع في العمدين لان ذلك هو المثل صورة ومعنى
وتجب دية القطع والقتل في الخطائين لان الموجب للخطأ هو الدية فيتعدد بتعدده والا اي وان لم يتخلل البرء بين
القطع والقتل نظر فان اختلفا اي القطع والقتل عمدا وخطاء بان كان القطع عمدا والقتل خطاء او بالعكس
اخذ بهما ايضا فيقتص للقطع ويؤخذ دية النفس في الاول ويؤخذ الدية للقطع ويقتص للقتل في العكس
لاختلاف الجنايتين لكون احدهما عمدا والاخر خطاء والا اي لا يؤخذ بهما ان كانا اي القطع والقتل خطائين
بل تكفي دية واحدة للقتل لان دية القطع انما تجب عند استحكام اثر الفعل وهو ان لم يعلم عدم السراية
وفي العمدين اللذين لا برء بينهما يؤخذ بهما عنده وعندهما يقتل فقط فان الجمع ممكن لتجانس الفعلين
وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وله ان الجمع متعذر اما للاختلاف بين الفعلين لان الموجب القود وهو يعتمد
المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر او لان الحز يقطع اضافة
السراية الى القطع حتى لو صدرا من شخصين وجب القود على الحاز فصار كتخلل البرء ولا جمع فيه بالاتفاق
بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطائين لان الموجب هو الدية وهي بدل النفس
من غير اعتبار المساواة ولو ضربه مائة سوط فبرئ من تسعين ومات من عشرة وجبت دية فقط يعني
من ضرب رجلا تسعين سوطا في مكان وعشرة في مكان فبرئ من تسعين وسرى موضع العشرة ومات
منه ففيه دية واحدة لانه لما برأت منها لا تبقى معتبرة في حق الارش وان بقيت في حق التعزير فبقي الاعتبار
للعشرة وكل جراحة اندملت ولم يبق لها اثر مثل ان كانت شجة فالتحمت ونبت الشعر فانها لا تبقى
لا في حق الارش ولا في حق حكومة عدل وانما تبقى في حق التعزير عند ابي حنيفة وعن ابي يوسف في مثله حكومة عدل
وسيأتي تفسيرها وعن محمد انه يجب اجرة الطبيب وثمن الادوية وان ضربه مائة سوط وجرحته وبقي لها
الاثر ولم يمت يجب حكومة عدل دون الارش لان حكومة العدل انما تجب لبقاء الاثر وهو موجود والارش انما
يجب باعتبار الاثر في النفس بان لم يبرأ وليس بموجود وهذا يشير الى انه ان لم يجرح في الابتداء لا يجب شيء بالاتفاق
وان جرح واندمل ولم يبق لها اثر فكذلك كما هو اصل ابي حنيفة لانه لم يكن الا مجرد الالم وهو لا يوجب شيئا كما لو ضربه ضربا
مولما كذا في العناية ومن قطعت يده عمدا فعفا عن القطع ثم سرى فمات منه فعلى قاطعه الدية في ماله وعندهما هو
عفو عن النفس فلا يجب عليه شيء لان العفو عن القطع عفو عن موجبه لان الفعل عرض لا يبقى فلا يتصور العفو عنه فيكون
العفو عنه عفوا عن موجبه وموجبه القطع اذا اقتصر والقتل اذا سرى فكان العفو عفوا عنهما ولان اسم القطع يتناول
الساري والمقتصر فان الاذن بالقطع اذن به وبما حدث منه حتى اذا قال شخص لآخر اقطع يدي فقطعه ثم سرى
الى النفس لم يضمن والعفو اذن انتهاء فيعتبر بالاذن ابتداء وصار كما اذا عفا عن الجناية فانه يتناول السارية
والمقتصرة فكذا هذا وله ان سبب الضمان وهو قتل النفس المعصومة المتقومة قد تحقق والمانع منتف لان العفو
لم يتناوله بصريحه لانه عفا عن القطع وهو غير القتل لا محالة لان القطع ابانة الطرف والقتل فعل مؤثر في فوات
الحياة عادة وموجبهما ايضا مختلف فان موجب الاول القطع والارش وموجب الثاني القتل والدية ثم السراية تبين

ان الواقع

ان الواقع قتل وحقه فيه فما هو حقه لم يعف عنه وما عفى عنه فليس بحقه فلا يكون معتبرا الا يرى ان الولي لو قال بعد السراية
عفوتك عن اليد لم يكن عفوا ولو قال المجني عليه عفوتك عن القتل واقتصر القطع لم يكن عفوا فكذا اذا عفى عن اليد ثم سرى واذا
لم يكن العفو معتبرا وجب القصاص كما هو مقتضى القياس لانه الموجب للعمد الا انا تركناه لان صورة العفو اورثت شبهة
وهي دارئة للقود فتجب الدية وان عفا عن القطع وما يحدث عنه او عفا عن الجناية فهو عفو عن النفس اجماعا اما الاول فظاهر
واما الثاني فلان الجناية اسم جنس يتناول الساري والمقتصر والعمد من كل المال لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق
الورثة لانه ليس بمال والقود وان كان وجوبه بعد الموت لكن سببه قد انعقد في حقه فيعتبر عفوه والخطاء من ثلثه
اي من ثلث المال لان حق الورثة متعلق به والشجة كالقطع فهو على الخلاف المذكور وان قطعت امراة يد رجل فتزوجها
على يده ثم مات بالسراية فعليه مهر مثلها وعليها الدية في مالها ان عمدا وذلك لان القطع ان كان عمدا كان التزوج تزوجا
على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا فلا بد من وجوب مهر المثل عليه وعليها الدية من مالها لانه عمد والعاقلة
لا تتحمل العمد والقياس ان يجب القصاص لكنه سقط بقبولها التزوج فاذا وجب عليه مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة
ان تساويا وان لم يتساويا يرد من عليه الفضل على من له ذلك وعلى عاقلتها الدية ان كان القطع خطاء لانه
اذا كان خطاء كان التزوج على ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم
فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها ولا يتقاصان لان الدية على العاقلة في الخطاء والمهر لها فاختلف
ذمة من له وذمة من عليه وشرط التقاص اتحادهما وان تزوجها على اليد وما يحدث منها او على الجناية ثم مات بالسراية
فعليه مهر المثل في العمد لان هذا تزوج على القصاص وهو لا يصلح مهرا فيجب مهر المثل وصار كما اذا تزوجها على خمر او خنزير ولا
قصاص ولا دية عليها لانه لما جعل القصاص مهرا وقد رضي بسقوطه بجهة المهر سقط اصلا كما اذا اسقط القصاص بشرط
ان يصير مالا فانه يسقط اصلا ويرفع عن العاقلة مقداره اي مقدار مهر مثلها في الخطاء والباقي من مقداره وصية لهم يعني
ثلث ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية تكون وصية للعاقلة وذلك لان هذا تزوج على الدية وهي تصلح مهرا الا انه يعتبر بقدر
مهر المثل من جميع المال لانه مريض مرض الموت والتزوج من الحوائج الاصلية ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل
لانه محاباة فيكون وصية ويرفع عن العاقلة لانهم يتحملون عنها فمن المحال ان ترجع عليهم بموجب جنايتها وهذه
الزيادة وصية لهم لانهم من اهل الوصية لانهم ليسوا بقتلة فان خرج من الثلث سقط والا اي وان لم يخرج منه
فقدر ما يخرج منه وكذا الحكم عندهما في الصورة الاولى اي فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث عنه
عندهما ومن قطعت يده فمات بعدما اقتص له من القاطع قتل قاطعه لانه تبين ان الجناية كانت قتل عمد وحق
المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود لكن له القود اذا استوفى طرف من عليه القود وعن ابي
يوسف انه يسقط حقه في القصاص لانه لما اقدم على القطع فقد ابرأه عما وراءه ونحن نقول انما اقدم على القطع ظنا
منه ان حقه فيه وبعد السراية تبين انه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به كذا في الهداية ولم يذكر ما اذا مات
المقتص منه من القطع وحكمه الدية على عاقلة المقتص له عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي لا شيء عليه ومن
قتل له ولي عمدا فقطع يد قاتله ثم عفا عن القتل فبرئ فعليه دية اليد عنده وقالا لا شيء عليه قيد بالقتل لانه لو كان له قصاص
اليد فقطع اصابعه ثم عفا لا يضمن ارش الاصابع اتفاقا والاصابع جزء الكف كالاطراف من النفس اتفاقا وقيد بالعفو
لانه اذا لم يعف لا يضمن اتفاقا وقيد العفو بما بعد القطع لانه لو عفا قبل القطع يضمن له اتفاقا وقيد بالبرء لان
القطع اذا سرى لا يضمن اتفاقا ذكره في المصفى لهما انه قطع يد من نفسه لو اتلفها لم يضمن فوجب ان لا يضمن الجزء

كما لو قطع يد مرتد ثم اسلم ثم سرى وكذا اذا سرى وما برئ او لم يعف ولم يسر او قطع ثم حز رقبته قبل البرء او بعده وصار
كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع اصابعه ثم عفا لا يضمن الاصابع وله ان العفو مستند الى وقت القتل فسقط
حقه في كل النفس فظهر انه قطع يده بغير حق لان حقه كان في القتل لا في القطع فلو وجد الاستيفاء في القتل لظهر حقه في الطرف
تبعا واذا لم يستوف لم يظهر حقه في الطرف لا اصلا ولا تبعا فتبين انه استوفى غير حقه لكن سقط القصاص للشبهة لانه
كان له اتلاف الاطراف تبعا للنفس فيجب ارش اليد بخلاف ما اذا سرى لانه استيفاء واما اذا لم يعف ولم يسر فانما
يتبين كونه قطعا بغير حق بالبرء حتى لو قطع ولم يعف وبرأ الصحيح انه على الخلاف فلا يكون مستشهدا به واذا قطع
ثم حز رقبته قبل البرء فهو استيفاء ولو حز بعد البرء فهو على الخلاف وهو الصحيح والاصابع وان كانت تابعة قياما بالكف
فالكف تابعة لها عرضا بخلاف الطرف لانها تابعة للنفس من كل وجه ومن قطعت يده فاقتص من قاطعها فسرى
الى نفسه فعليه دية النفس عنده خلافا لهما فيهما اى في المسئلتين اما الاولى فلما بينا ولهما في الثانية انه استوفى
حقه وهو القطع ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص اذ الاحتراز عن السراية ليس في
وسعه فصار كالقاضي والبزاغ والحجام والمامور بقطع اليد وله انه قتل بغير حق لان حقه في القطع وهذا وقع
قتلا ولهذا لو وقع ظلما كان قتلا الا ان القصاص سقط للشبهة فوجب المال بخلاف ما ذكراه من المسائل لانه مكلف
فيها بالفعل اما تقلدا كالقاضي فانه اذا تقلد القضاء وجب عليه ان يحكم او عقدا كما في غيره فان البزاغ والحجام يجب
الفعل عليهما بعقد الاجارة والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة كالرمي الى الحربي وفيما نحن فيه من الاستيفاء
لا وجوب ولا التزام اذ العفو مندوب اليه قال الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى فيكون من باب الاباحة فاشبه
الاصطياد وكرمى الى صيد فاصاب انسانا ضمن كذا هذا كذا في شرح الهداية

باب الشهادة في القتل واعتبار حالته

لما كان القتل بعد تحققه ربما يجحد فيحتاج من له القصاص الى اثباته بالبينة وكان الاحوال صفات للذوات
ذكرها بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق به القود يثبت للوارث ابتداء يعني بطريق الخلافة عنده لا بطريق الارث كما هو
عندهما الاصل ان استيفاء القصاص حق الوارث عنده وحق المورث عندهما لهما انه عوض نفسه قال الله تعالى
ان النفس بالنفس فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض كما في الدين والدية ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت
يقضى به ديونه وينفذ منه وصاياه وله ان طريقه طريق الخلافة وهو ان يثبت لمن يخلف ابتداء كالعبد اذا صح
اتهب فانه يثبت الملك للمولى ابتداء بطريق الخلافة لان العبد ليس باهل للملك كما ان الميت ليس من اهل القصاص
لانه اعتداء بمثل ما اعتدى به القاتل والميت عاجز عن اقامته فالورثة قاموا مقامه خلافة لا وراثة لان القصاص
غير موروث لانه يثبت بعد الموت للتشفي والانتقام فيثبت للورثة ابتداء من غير ان يملكه المورث ثم انتقل
منه اليهم بخلاف الدين لان الميت من اهل الملك في الاموال كما اذا نصب شبكة حال حيوته فتعلق بها صيد بعد
موته فانه يملك كذا في العناية وفرع على ذلك الاصل بقوله فلا يكون احدهم اى احد الورثة خصما عن البقية فيه اى في
القصاص بغير وكالة منهم واما نفس القصاص فلا يتمكن منه ما لم يحضروا بخلاف المال فلو اقام احد ابنين للقتيل حجة
بقتل ابيهما عمدا والابن الآخر غائب لزم اعادتها اى الحجة بعد عود الغائب فتقبل حجة الحاضر الا انه لم يحكم
بالقصاص لاحتمال العفو عنه ولكن يحبس لانه متهم فلا يقضى بالقود الى ان يحضر الغائب ويعيد الحجة لان المقصود
من القضاء الاستيفاء والحاضر وحده لا يتمكن منه بالاجماع فلا بد من اعادتها بعد حضور الغائب عنده خلافا
لهما فان عندهما لا يلزم اعادتها وفي الخطاء من قتل ابيه وفي الدين لابيه على آخر لو اقام الحاضر على ذلك حجة

لا يلزم

لا يلزم على الغائب اعادتها اذا حضر اتفاقا لان المال يثبت للورثة ارثا عندهم فهذا اذا ادعى كل الدين
واقام الحجة على كله وقضى القاضي بكله واخذ القاضي للحاضر وللغائب فلو اثبت قدر نصيبه منها وكان القاضي
متعددا اعاد الحجة وانما خص الدين لان في اعادة الحجة للعقار اختلافا فان كان الاصح ان يعيدها كما في العمادي
كذا في القهستاني ولو برهن القاتل على عفو الغائب فالحاضر خصم له لانه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص
وانتقاله الى المال فيكون خصما ويسقط القود لعدم تجزيه وكذا لو قتل عبد مملوك لرجلين واحدهما غائب فاذا ادعى
القاتل الحاضر من الشريكين ان شريكه الغائب قد عفا فالحاضر خصم ويسقط القود كما ذكرنا آنفا ولو شهد وليا
قصاص بعفو اخيهما لغت اى لم تقبل شهادتهما لانهما يجران الى انفسهما نفعا وهو انقلاب القود مالا وتلك
الشهادة عفو منهما لانهما زعما ان القصاص قد سقط وزعمهما في حق انفسهما معتبر فان صدقهما القاتل فقط
اى لا اخوهما فالدية بينهم اثلاثا لانه لما صدقهما فقد اقر بثلثي الدية لهما فيصح اقراره الا انه يدعي سقوط الولي المشهود
عليه بعفوه وهو ينكره فلا يقبل قولهم عليه ويحول نصيبه ايضا مالا فوجب على القاتل كل الدية اثلاثا بين الاولياء
الثلاثة وان كذبهما فلا شيء لهما يعني وان كذبهما القاتل ايضا بعد ان كذبهما الولي المشهود عليه بالعفو فلا
شيء للوليين الشاهدين لانهما بشهادتهما عليه بالعفو اقرا ببطلان حقهما في القصاص فصح اقرارهما
في حق انفسهما وادعيا انقلاب نصيبهما مالا فلا تقبل الا بحجة وللاخ اى الولي المشهود عليه ثلث الدية
لان دعواهما العفو عليه وهو ينكره بمنزلة ابتداء العفو منهما في حقه فينقلب نصيبه مالا وان صدقهما اخوهما وهو المشهود
عليه فقط اى لا القاتل غرم اى القاتل له اى لاخيهما وهو المشهود عليه ثلث الدية لاقراره له بذلك ثم يأخذ اى يأخذ
الشاهدان الوليان ثلث الدية منه اى من اخيهما المشهود عليه بالعفو استحسانا والقياس ان لا يلزمه شيء
لان ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لانكاره وما اقر به القاتل للمشهود عليه قد بطل بتكذيبه وجه الاستحسان
ان القاتل بتكذيبه الشاهدين اقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه ان القصاص سقط بدعويهما العفو على
الثالث وانقلب نصيبه مالا او الثالث لما صدق الشاهدين في العفو فقد زعم ان نصيبهما انقلب مالا فصار
مقرا لهما بما اقر به القاتل فيجوز اقراره بذلك بمنزلة ما لو اقر رجل بالف درهم فقال المقر له هذه الالف ليست لي
ولكنها لفلان جاز وصار الالف لفلان كذا هنا كذا في الهداية والعناية وههنا احتمال آخر وهو ان يصدقهما القاتل
والولي المشهود عليه وانما لم يذكره لانفهام حكمه وهو ان لا يكون له شيء مما ذكر فانه قد فهم منه ان استحقاق الآخر
الثلث باحد الامرين بتكذيبه او بتكذيب القاتل ثم ان الشهادة حقيقة في اولى الصور المذكورة وفي الاخريين
دعوى او اخبار فكان عبارة الاخبار ينتظم الكل وانما اختار عبارة الشهادة رعاية لحق الصورة الاولى
وان اختلف شاهدا القتل في زمانه او مكانه او آلته او قال احدهما ضربه بعصا وقال الآخر لا ادري بماذا
قتله بطلت الشهادة وقد تقدم في الشهادات ان اختلاف الشاهدين في الاحوال يمنع عن الحكم بها ففي
النفوس اولى وذلك لان القتل لا يتكرر والقتل في زمان او في مكان غير القتل في زمان آخر او مكان آخر
والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه العمد فيختلف احكامهما فالمطلق يغاير
المقيد لان المطلق يوجب الدية في ماله والمقيد بالعصا على العاقلة فكان على كل قتل شهادة فرد فلا تقبل
وان شهدا بالقتل وجهلا الآلة لزمت الدية استحسانا والقياس ان لا تقبل هذه الشهادة لان
الفعل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود عليه وجه الاستحسان انهم شهدوا بالقتل مطلقا والمطلق ليس

يحمل فيجب اقل موجبيه وهو الدية ولانه يحمل ابهامهم في الشهادة على احسانهم للمشهود عليه سترا عليهم فان
الشهود لا يدري باي شيء قتله اما صادقون او كاذبون وعلى التقديرين يجب ان لا يقتل بشهادتهم لانهم
ان صدقوا امتنع القصاص بهما لاختلاف موجب السيف والعصا وان كذبوا فكذلك لانهم صاروا فسقة
ولتوضيح ذلك انهم جعلوا عالمين بانه قتله بالسيف لكنهم لقولهم لا ندري اختاروا احسنه الستر على القاتل
واحسنوا اليه بالاحياء وحمل كذبهم هذا معفوا عند الله تعالى لما جاء في الحديث ليس بكذاب من يصلح بين
اثنين فيقاوليهم كذبهم هذا لم يكونوا فسقة وستر الشاهد على المشهود عليه في معنى اصلاح ذات البين
بجامع ان الستر مندوب اليه فيهما فاذا وقع الشك والاختلاف لا يثبت بالشك وتجب الدية في ماله لان
الاصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة ولو اقر كل واحد من رجلين بقتل زيد وقال الولي قتلتماه جميعا فله قتلهما
ولو شهدا بقتل زيد عمرا وشهد اخران بقتل بكر اياه اي عمرا فادعى وليه قتلهما لغتا مسئلتان مبناهما على
ان تكذيب المقر له المقر في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره بالباقي فان من اقر بالف درهم وصدقه المقر له بالنصف
وكذبه بالنصف صح الاقرار فيما صدقه وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلا
لكونه تفسيقا له وفسق الشاهد يمنع القبول بخلاف فسق المقر فانه لا يمنع صحة الاقرار هذا اذا كذبه في بعض
ما اقر به اما اذا كذبه في كل ما اقر به بطل الاقرار لانه رد للاقرار وعلى هذا لو قال المقر له بعد قوله قتلتماه صدقتما
لم يكن له ان يقتل واحدا منهما لان معنى قوله صدقتما معنى قوله صدقت لكل واحد منهما ومعناه انت قتلت
وحدك وفي ذلك تكذيب الآخر في البعض وهو تكذيب لهما كذا في العناية [illegible]
[illegible] فرع رجل ادعى على رجل انه قتل اباه عمدا واقام شاهدين فشهدا انه ضرب فلانا
بالسيف فلم يزل صاحب فراش حتى مات قبلت هذه الشهادة ويقضى بالقصاص ولا ينبغي للقاضي ان يسأل عن الشهود
مات من ذلك ام لا ولا عن العمد ولا عن الخطأ ولو قالا ذلك لا تبطل شهادتهما ولو شهدا انه ضربه بالسيف حتى مات ولم يذكر
العمد جازت شهادتهما ويقضى بالقصاص وكذا لو شهدا انه طعنه برمح او رماه بسهم او سنانه فكل ذلك يكون عمدا
ويقضى بالقصاص كما لو شهدا انه ذبحه او شق بطنه بالسكين كذا في قاضيخان ولو شهدوا بالقتل المطلق
او اقر بمطلق القتل يجب القصاص وان لم يوجد التعمد اي لفظ التعمد في الشهادة والاقرار وذلك لان القصاص فيه معنى
العوضية لانه شرع جابرا فجاز ان يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد اما الحدود فلله تعالى
شرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة كذا في الهداية في مسائل شتى في آخر
الكتاب والعبرة بحالة الرمي لا بحالة الوصول في تبدل حال المرمي عند الامام والاصل ان العبرة لوقت الرمي في حق
الضمان والحل لان الضمان انما يجب بالجناية وانما يصير الشخص جانيا بفعل يدخل تحت اختياره وهو الرمي لا
الوصول فلو رمى مسلما فارتد المرمي اليه فوصل السهم اليه فمات تجب الدية على الرامي لورثته المرتد عنده خلافا لهما
فلا شيء عليه لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه فكان ذلك ابراء للضامن لان من اخرج المتقوم عن التقوم اسقط حقه
كالمغصوب منه اذا اعتق المغصوب فانه صار مبرئا للغاصب من الضمان باسقاط حقه وصار به مبرئا كما اذا ابرأ الرامي
عن الجناية او من حقه بعد انعقاد سببه وهو الرمي قبل ان يصيبه السهم وله ان الضمان يجب بفعله وهو الرمي اذ لا فعل
منه بعده فاعتبر وقت الفعل كالغصب فيعتبر حال الرمي والمرمي اليه فيها متقوم ولهذا يعتبر حالة الرمي في حق الحل حتى لو
رمى صيدا ثم ارتد والعياذ بالله ثم اصاب فان ردته بعد الرمي لا يحرم لان فعله ذكاة شرعا وقد تم موجبا للحل بشرطه

وهو التسمية

وان اقر كل واحد منهما انه قتل فلانا فقال الولي قتلتماه جميعا له قتلهما ولو كان مكان
الاقرار شهادة لغت اي اذا اقر رجلان كل واحد منهما انه قتل فلانا فقال الولي قتلتماه جميعا
فله ان يقتلهما وان شهد اثنان على رجل انه قتل فلانا وشهد آخران على آخر انه قتله وقال الولي قتلتماه جميعا
بطلت الشهادة ثم وليس له ان يقتل كل واحد منهما وهو المراد بقوله ولو كان مكان الاقرار شهادة
لغت والفرق بينهما ان كل واحد من الاقرار والشهادة ثم ينبني ان كل القتل وجد من لان معنى انا قتلته
المقر والمشهود عليه ومقتضاه ان يجب القصاص عليه وحده بالقتل وقول الولي
الشهود قتله وكذا قول الشهود قتله فلان يوجب انفراده بالقتل فكانه قال لم يشاركه
قتلتماه تكذيب لبعضه حيث ادعى الشركة في القتل ثم لا ادعائه فيتهم
بل شاركه آخر وهذا القدر من التكذيب يمنع قبول الشهادة ثم الاقرار ولو قال في الاقرار صدقتما
دون الاقرار لان فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار ولو قال الولي لكل واحد منهما تكذيب للآخر
ليس له ان يقتل واحدا منهما لان تصديقه كل واحد منهما فتصديقه يوجب
لان كل واحد منهما يدعي الانفراد بالقتل فتصديقه دعوى القتل من غير
بخلاف الاول وهو ما اذا قال قتلتماه لانه دعوى القتل بالبينة وقد ثبت
تصديق لهما فيقتلهما باقرارهما ولو اقر رجل بانه قتله وقامت البينة
على آخر انه قتله وقال الولي قتلتماه كان له ان يقتل المقر دون المشهود
عليه لان فيه تكذيبا للبعض موجود على ما مر وعلى هذا لو قال لاحد المقرين
صدقت انت قتلته وحدك كان له ان يقتله لانه تصديق
على وجوب القتل عليه وحده وكذا اذا قال لاحد المشهود عليهما
انت قتلته كان له ان يقتل لعدم تكذيب شهوده عليه وان كذب
الآخرين وكذلك الحكم في الخطأ في جميع ما ذكرنا والله اعلم

زيلعي رحمه

وهو التسمية وكذا اذا كانت الجناية خطأ فكفر بعد الرمي قبل الاصابة فانه صح ثم الفعل وان كان عمدا فالقود يسقط
بالشبهة الناشئة من اعتبار حالة الاصابة فوجبت الدية في ماله ولو رمى مرتدا فاسلم قبل الوصول اي وصول السهم اليه
لا يجب شيء اتفاقا وكذا اذا رمى حربيا فاسلم ثم وقع به السهم لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب
موجبا بصيرورته متقوما بعد ذلك فان رمى عبدا فاعتق اي فاعتقه مولاه فوصل السهم اليه فعليه قيمته عبدا للمولى
عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد عليه فضل ما بين قيمته مرميا وغير مرمي حتى لو كانت قيمته قبل الرمي الف درهم
وبعده ثمان مائة لزمه مائتا درهم لان العتق قاطع للسراية لاشتباه من له الحق لان المستحق حال ابتداء الجناية
المولى وحال الاصابة العبد لحريته فصار العتق بمنزلة البرء كما اذا قطع يد عبد او جرحه ثم اعتقه المولى ثم سرى فان العتق
يقطع السراية حتى لا يجب بعد العتق شيء من الدية والقيمة وانما يضمن النقصان واذا انقطعت السراية بقي مجرد الرمي
وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمي اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب فضل ما بينهما ولهما انه يصير قاتلا من وقت الرمي
لان فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فيجب قيمته هذا ظاهر على مذهب ابي حنيفة واما ابو يوسف فيحتاج الى الفرق بين
هذه وبين ما اذا رمى مسلما فارتد قبل الاصابة حيث اعتبر هناك حالة الاصابة وههنا حالة الرمي وهو ان المرمي اليه خرج
بالارتداد من ان يكون معصوما والضمان يعتمد العصمة فلا يجب الضمان بالمنافي واما الاعتاق فانه لا ينافي العصمة فيجب
عليه ضمان قيمته للمولى ومن هذا يعلم ان ابا يوسف يعتبر وقت الرمي الا في صورة الارتداد وان رمى محرم صيدا فحل
فوصل السهم اليه وجب الجزاء على الرامي لانه وقت الرمي محرم وان رماه اي الصيد حلال فاحرم فوصل فلا يجب الجزاء عليه
لانه وقت الرمي غير محرم وان رمى رجل من قضي عليه برجم فرجع شهوده او احدهم فوصل لا يضمن لانه حالة الرمي
مباح الدم ولو رمى مسلم صيدا فتمجس اي صار المسلم مجوسيا والعياذ بالله فوصل حل الصيد لان حالة الرمي مسلم فيؤكل
صيده وفي العكس بان رمى مجوسي صيدا فاسلم فوصل يحرم لان حالة الرمي مجوسي فلا يؤكل صيده وقد عرفت ان الصيد
بمعنى الذبح

كتاب الديات

وجه ذكرها بعد الجنايات ظاهر لان الدية احد موجبي الجناية المشروعين صيانة
لكن القصاص اشد صيانة فقدم محاسنها ومحاسن القصاص والدية هي المال الواجب بالجناية في النفس وطرف
الدية المغلظة من الابل مائة ارباعا بنات مخاض وبنات لبون وحقاق وجذاع قد مر تفسيرها في كتاب الزكوة من
كل نوع من الانواع الاربعة المذكورة خمس وعشرون عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد والشافعي ثلاثون حقة
وثلاثون جذعة واربعون ثنية كلها اي كل ثنية منها خلفات جمع خلفة وهي الحامل من النوق بقوله في بطونها
اولادها صفة كاشفة قال عليه السلام الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل اربعون
منها في بطونها اولادها وعن عمر وزيد ثلاثون حقة وثلاثون جذعة ولان دية شبه العمد اغلظ من دية الخطاء المحض
فان الابل فيه يجب اخماسا وكونها اغلظ فيما قلنا لا انا نقول اثلاثا وانتم تقولون ارباعا فالاول اكمل في التغليظ ولابي
حنيفة وابي يوسف قوله عليه السلام في نفس المؤمن مائة من الابل وجه الاستدلال به ان الثابت منه عليه السلام هذا
وليس فيه دلالة على صفة من التغليظ ولا بد منه بالاجماع وما روياه غير ثابت لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ فان عمر
وزيدا وغيرهما قالوا مثل ما قالا وقال علي تجب اثلاثا ثلاثة وثلاثون حقة وثلاثة وثلاثون جذعة واربعة وثلاثون خلفة
وقال ابن مسعود مثل ما قلنا ارباعا والرأي لا مدخل له في المقادير فكان كالمرفوع ويصير معارضا لما روياه واذا تعارضا
كان الاخذ بالمتيقن اولى ولا تغليظ في غير الابل يعني لا يزاد في الدراهم على عشرة الاف درهم وفي الدينار على الف
دينار وقال سفيان الثوري والحسن بن صالح يغلظ في النوعين الاخيرين اي الدراهم والدنانير بان ينظر الى

قيمة اسنان الابل في دية الخطاء والى قيمة اسنان الابل في شبه العمد فما زاد على اسنان دية الخطاء يزاد على عشرة
الاف درهم ان كان الرجل من اهل الورق ويزاد على الف دينار ان كان من اهل الذهب لان التغليظ في
شبه العمد شرع في الابل لزيادة جناية وجدت منه ولم يوجد في الخطاء وهذا موجود في الحجرين فيجب التغليظ فيهما ولنا
ان التغليظ في الابل يثبت توقيفا فلا يثبت في غيره قياسا لانه يناني في التغليظ لان عمد الاتلاف وخطائه في باب الغرم
سواء ولا دلالة لئلا يبطل المقدار الثابت بصريح النص بالدلالة وهذه الدية المغلظة في شبه العمد فقط والدية المخففة وهي في الخطاء
وما بعده من شبه الخطاء وما يجري مجرى الخطاء من الذهب الف دينار ومن الورق اى الفضة عشرة الاف درهم وزن سبعة
ومن الابل مائة اخماسا بنت مخاض وبنت لبون وحقة وجذعة من كل واحد من هذه الانواع الاربعة عشرون ولا
دية من غير هذه الاموال الثلاثة عند ابي حنيفة رح وقالا منها ومن البقر ايضا مائتا بقرة ومن الغنم الف شاة ومن الحلل
مائتا حلة كل حلة ثوبان وقيل في تفسير ذلك قيمة كل بقرة خمسون درهما وقيمة كل شاة خمسة دراهم وقيمة كل حلة خمسون
درهما قال صاحب الهداية كل حلة ثوبان قيل بها ازار ورداء هو المختار وقال في النهاية وقيل في ديارنا قميص وسراويل
وقال فائدة هذا الاختلاف انما تظهر فيما اذا صالح القاتل مع ولي القتيل على اكثر من مائتي بقرة او غيرها على قول ابي حنيفة
يجوز كما لو صالح على اكثر من مائتي فرس وعلى قولهما لا يجوز كما لو صالح على اكثر من مائة من الابل لهما ان عمر رضه هكذا جعل على
اهل كل مال منها ولانّ التقدير انما يستقيم بشئ معلوم المالية وهذه الاشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان
شئ مما وجب ضمانه باتلاف او غيره فان قلت فالابل كذلك فالجواب ان التقدير بالابل عرف بالآثار المشهورة كما
رويناه وعدمناها في غيرها فان قيل فليلحق بها دلالة قلنا متى يثبت انها في معناها من كل وجه الكل من العناية وروى
انه عليه السلام قضى في قتيل بعشرة الاف درهم وعن عمر رضه انه قضى في الدية بعشرة الاف درهم فانه ~~[illegible]~~
ومن الدينار بالف دينار كذا في الاختيار والصحيح ما ذهب اليه ابو حنيفة رح كما في المضمرات ويتعين واحد منها بالرضا
او القضاء وقال شيخ الاسلام ان التعيين الى القاتل وعلى الاول على القضاة وكل الانواع اصول كما قال ابو بكر الرازي وهذا
ظاهر مذهب اصحابنا وعن الثلجي الابل هو الاصل فلا يصار الى غيرها مع القدرة الا برضاء ولي المقتول وعند العجز يقضى بالدنانير
او الدراهم باعتبار قيمة الابل وان زادت على الالف والعشرة وعند الاولين لا يلزم الزيادة كذا في القهستاني
وكفارة شبه العمد وكفارة الخطاء عتق رقبة كاملة مؤمنة فان عجز عن عتق الرقبة الموصوفة فصيام شهرين متتابعين
لما تلونا من قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطاء فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى قوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين
الاية ولا اطعام فيهما لان ما تلونا نص في كونها بالتحرير او الصوم فقط فلا يجزئ فيها الطعام لانه لم يرد به نص والمقادير
تعرف بالتوقيف ولان الواقع بعد فاء الجزاء يجب ان يكون كل الجزاء اذ لو لم يكن كذلك لالتبس فلا يعلم انه هو الجزاء او
بقي منه شئ ومثله يخل بالفهم الا يرى انه لو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق وفي نيته ان يقول وعبده
حر لكنه لم يقل لا يكون الجزاء الا المذكور لئلا يخل الفهم ولو كان الغير مرادا لذكره لانه موضع الحاجة الى البيان والسكوت
في موضع الحاجة الى البيان بيان على ما عرف في اصول الفقه وصح اعتاق رضيع احد ابويه مسلم لان شرط هذا
الاعتاق الاسلام وسلامة الاطراف والاول يحصل باسلام احد الابوين لما عرف ان الولد يتبع خير الابوين دينا
والثاني بالظهور اذ الرضيع وان لم يعلم سلامة سمعه وبصره وساير اعضائه يقينا لكن الظاهر الغالب سلامتها على
ما هو الجبلة الاصلية وللمرأة في النفس وما دونها نصف ما للرجل لما روي عن علي موقوفا ومرفوعا الى النبي عليه السلام
دية المرأة على النصف من دية الرجل في النفس وما دونها وقال الشافعي فيما دون الثلث لا ينصف والحجة عليه

رويناه لعمومه وللذمي مثل ما للمسلم يعني دية الذمي كدية المسلم رجالهم كرجالنا ونساؤهم كنسائنا في النفس
وما دونها عندنا وقال الشافعي في دية اليهودي والنصراني اربعة الاف درهم ودية المجوسي ثماني مائة درهم لانه روي
هكذا عن النبي عليه السلام وقال مالك دية اليهودي والنصراني ستة الاف درهم لقوله عليه السلام عقل الكافر نصف عقل
المسلم والكل عنده اثنا عشر الفا ولنا ما روى الزهري ان دية الذمي كانت مثل دية المسلم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
وابي بكر وعمر وعثمان فلما كان زمن معاوية جعلها على النصف وما روى علي رضه انما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا
واموالهم كاموالنا وما روى ابن مسعود رضه دية الذمي مثل دية المسلم وما روى عكرمة عن ابن عباس رضهما ان النبي
عليه السلام ودى ذميا قتل بمائة من الابل وما رواه الشافعي لم يعرف رواته ولم يذكر في كتب الحديث وما رويناه
اشهر مما رواه مالك فانه ظهر به عمل الصحابة رضهم **فصل** في النفس الدية بسبب اتلافها كما ذكرنا والمراد نفس
الحر ويستوي فيه الصغير والكبير والوضيع والشريف والمسلم والذمي لاستوائهما في الحرمة والعصمة وكمال الاحوال في
الاحكام الدنيوية وكذا في المارن اي فيما دون قصبة الانف وهو ما لان منه وفي اللسان ان منع النطق او منع اداء
اكثر الحروف لما روى سعيد بن المسيب ان النبي عليه السلام قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية
وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله عليه السلام لعمرو بن حزم والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس منفعته على
الكمال او ازال جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية ولو لم يكن ذلك على الكمال لا يجب فيه كل الدية وان كان
فيه تفويت عضو مقصود كما اذا قطع لسان الاخرس او آلة الخصي والعنين واليد الشلاء والرجل العرجاء والعين العوراء
والسن السوداء لا يجب القصاص في العمد والدية في الخطاء لانه لم يفوت جنس منفعة ولا فوت جمالا على الكمال وانما فيه
حكومة عدل واما اذا اتلف الكامل فيجب فيه الدية لاتلافه كل النفس من وجه فهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما
للآدمي لان شرفه بالجمال كشرفه بالمنافع فيتعلق به كمال الدية واصله قضاء رسول الله عليه السلام بالدية كلها
في اللسان والانف وعلى هذا ينسحب فروع كثيرة كما سيأتي ثم في قطع اللسان لو قدر على التكلم ببعض الحروف
قيل يقسم على عدد الحروف مطلقا سواء تعلقت باللسان او غيره وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان قال
في النهاية هي الالف والتاء والثاء والجيم والدال والراء والزاي والسين والشين والصاد والضاد والطاء
والظاء واللام والنون وفي كون الالف من ذلك نظر لانه من اقصى الحلق على ما عرف فما لم يمكنه اتيان حرف
منها يلزمه ما يخصه روي ان رجلا قطع طرف لسان رجل في زمن علي رضه فامره ان يقرأ الف با تا ثا فكل
ما قرأ حرفا اسقط من الدية بقدر ذلك وما لم يقرأ اوجب من الدية بحسابه وهذا يدل على صحة القول الاول
وبه صححه شيخ الاسلام وبان اقامته لبعض الحروف وهو ما لا يفتقر الى اللسان ان تهيأت بدون اللسان لكن
الافهام الذي هو المقصود لا يتهيأ فيجب الامتحان بالطبع وكذا اذا ذهب سمعه او بصره اختلف في طرق التعبير
عن معرفة ذهاب هذه الحواس فقيل اذا صدقه الجاني او استحلف على البتات ونكل ثبت فواتها وقيل يعتبر
فيها الدلائل الموصلة الى ذلك فان لم يحصل العلم بذلك يعتبر فيها الدعوى والانكار فطريق معرفة السمع ان يتغافل
وينادي فان اجاب علم انه يسمع وحكي الناطفي عن ابي حازم القاضي ان امرأة بطارشت في مجلس حكمه
فاشتغل بالقضاء عن النظر اليها ثم قال لها فجأة غطي عورتك فاضطربت وتراجعت الى جمع ثيابها وظهر
مكرها واما طريق معرفة ذهاب البصر فقد قدمناها وفي صلب ان منع الجماع لان منفعة الجماع مقصودة لتحصيل
العلوق فيجب بفواتها دية النفس وكذا اذا انقطع ماؤه بالضرب على ظهره انقطع واحد ووجب بذلك تجب الدية

لزوال الجمال وفي الافضاء يعني لو وطئ امرأة حتى افضاها بان رفع الحائل بين طريقي الرحم والبول ففيه دية اذا منع استمساك
البول وان كان يستمسكه فهو جائفة تجب فيها ثلث الدية وفي الذكر لانه يفوت بقطعه منفعة الوطئ والايلاد واستمساك
البول والرمي به ودفق الماء والايلاج الذي هو طريق الاعلاق عادة وكذا في حشفته دية كاملة لان الحشفة اصل
في منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع له كذا في الهداية والاختيار وقاضيخان وفي اتلاف العقل بالضرب
على الرأس دية كاملة لفوات الادراك فان العقل نور يبصر به الانسان عواقب الامور والدماغ كالفتيلة والزيت
كما في الكرماني وفي السمع وهو قوة مودعة في العصب المفروش في مقعر الصماخ يدرك بها الاصوات وطريق معرفة
تلفها ما ذكرنا من تصديق الجاني او نحو ذلك مما يدل على ذلك وفي البصر وهو قوة مودعة في العصبتين المجوفتين
اللتين تتلاقيان في مقدم الدماغ ثم تفترقان الى العينين يدرك بها الاضواء والالوان والاشكال والحسن
والقبح وغير ذلك مما يخلق الله ادراكه فيها للنفس عند استعمال العبد تلك القوة وطريق معرفة ذهاب هذه القوة
ما ذكرنا من التصديق او النكول او الهرب من مثل الحية وفي الشم وهي قوة مودعة في الزائدتين في مقدم الدماغ
يدرك بها الروائح ويعرف ذهابها بما ذكرنا وفي الذوق وهي قوة منبثة في العصب المفروش على جرم اللسان يدرك
بها الطعوم ويعرف ذهابها بما ذكرنا او باطعام المر ففي كل واحد منها منفعة مقصودة فيلزم باتلافه دية كاملة وليس فيها
استتباع واحد منها الآخر بخلاف قتل النفس حيث لا يجب الا دية لان الاطراف تتبع النفس لا الطرف فلا يتبع طرفا
آخر وبهذا اندفع ما قيل لو مات من الشجة لم يلزمه الا دية واحدة فبفوات هذه المنافع بدون الموت اولى فان في الموت
استتباعا دون عدمه وعلى ذلك ما روي عن عمر رضي الله عنه انه قضى باربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام
والسمع والبصر وفي اللحية اذا حلقت دية ان لم تنبت لانه تفوت به منفعة الجمال على الكمال قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم ان ملائكة السماء الدنيا يقولون سبحان من زين الرجال باللحى والنساء بالذوائب ذكره في الاختيار وكذا
في شعر الرأس قالوا لو حلق رأس انسان او لحيته لا يطالب بالدية حالة الحلق بل يؤجل سنة لتصور النبات فاذا
مات قبل مضي السنة ولم ينبت فلا شيء على الحالق وقالا فيه حكومة عدل وشعر الرجل والمرأة والصغير والكبير
في ذلك سواء كذا في قاضيخان والعناية فاذا حلق اللحية او شعر الرأس ولم ينبت وجبت الدية عندنا وقال
الشافعي فيه حكومة عدل لان الشعر زائد في الآدمي وليس في حلقه ازالة منفعة ولهذا يحلق شعر الرأس وبعض
اللحية في بعض البلاد فصار كشعر الصدر ولنا ان اللحية في اوانها والشعر جمال الا يرى ان الاقرع يتكلف
في ستره ويفوت الجمال بازالة كل منهما فوجبت الدية كما في الاذنين وشعر الصدر لا يتعلق به الجمال بل هو ...
... ثم ان نبتت لم يجب شيء لان اثر الجناية لم يبق عمدا كان او خطأ ولو حلق لحية حر شاب فنبتت بيضاء
لم يجب شيء عند ابي حنيفة لان الجمال يزداد ببياض شعر اللحية واما اذا حلق لحية عبد فنبتت بيضاء ففيه حكومة
عدل عند ابي حنيفة لان قيمته تنتقص به وقالا يجب حكومة العدل في الحر والعبد لان بياض الشعر جمال في اوانه
لا في غير اوانه ولو نبتت مثل الاول باي صفة كانت فلا شيء عليه اتفاقا من الخانية كذا في شرح المجمع وكذا الحاجبان
ففيهما دية عندنا وقال الشافعي حكومة عدل والاهداب ذكر محمد في الاصل ان في اشفار العينين
دية كاملة اذا لم تنبت والشفر هو الذي ينبت لا حروف العينين التي هي منابت الشفر فعلم ان مراده
الاهداب ولو قطع الجفون باهدابها ففيه دية واحدة ولا يجب للاهداب دية اخرى لان الاهداب
تابعة للجفون قائمة بها فاذا وجبت دية الاصل لا يجب للتبع شيء ولان التبع مع الاصل كشيء واحد فصار

كالمارن

كالمارن مع القصبة لا يزاد على دية واحدة اذ القصبة تابع للمارن وكذلك دية النفس متى وجبت لا يجب للاطراف
شيء كذا في الخبازي وفي العينين دية وفي الاذنين دية وفي الشفتين دية وفي ثديي المرأة دية وفي احدهما نصف
دية المرأة بخلاف ثديي الرجل حيث يجب حكومة عدل لانه ليس فيه تفويت جنس المنفعة والجمال وفي حلمتي المرأة
الدية كاملة لفوات جنس منفعة الارضاع وامساك اللبن وفي احدهما نصف الدية وفي اليدين دية وفي
الرجلين دية كذا روي في حديث سعيد بن المسيب عن النبي عليه السلام وفي اشفار العينين قالوا الاشفار
منابت الشعر وهي حروف العينين واطرافها والشعور التي عليها تسمى الاهداب وفي تفويتها تفويت الجمال
على الكمال وجنس المنفعة وهي دفع القذى عن العين وفي كل واحد مما هو اثنان في البدن نصف الدية الاصل
في ذلك ما ورد في كتاب كتبه عليه السلام لعمرو بن حزم وفي العينين الدية وفي احدهما نصف الدية ولان المنفعة
تفوت بفواتهما والجمال كاملا وبفوات احدهما يفوت النصف وفي كل واحد مما هو اربعة في البدن ربعها اي
ربع الدية كاهداب العينين واشفارهما لما ذكرنا وفي كل اصبع من اصابع يد او رجل عشرها اي عشر دية
لقوله عليه السلام في كل اصبع عشر من الابل والاصابع كلها سواء وفي قطع الكل تفويت جنس المنفعة فتجب
دية كاملة وهي عشر فيقسم عليها وفي كل مفصل منها مما فيه مفصلان وهو الابهام نصف عشرها اي نصف عشر دية
اصبع ومما فيه ثلاثة مفاصل اي في كل مفصل منها مما فيه مفاصل ثلاثة وهو ما عدا الابهام ثلثها اي ثلث عشر الدية اعتبارا له
بانقسام دية اليد على اصابعها والكف تبع للاصابع لان منفعة البطش بالاصابع والدية وجبت بتفويت
المنفعة وفي كل سن نصف عشر الدية لقوله عليه السلام في كل سن خمس من الابل والاسنان كلها سواء
الثنايا والانياب والاضراس لاطلاق الحديث لان السن اسم جنس يدخل تحته اثنان وثلاثون اربع منها
ثنايا وهي الاسنان المتقدمة اثنان فوق واثنان اسفل ومثلها رباعيات وهي ما يلي الثنايا ومثلها انياب
تلي الرباعيات ومثلها ضواحك تلي الانياب واثنا عشرة سنا تسمى بالطواحين من كل جانب ثلاث
فوق واسفل وبعدها سن وهي آخر الاسنان تسمى ضرس الحلم لانه ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل
وكل عضو ذهب نفعه بضرب ونحوه كادخال نورة في عين المجني عليه وقد كان النفع موجودا قبل ذلك
ففيه دية كاملة وان للوصل كان العضو الذي ذهب نفعه قائما كيد شلت وعين ذهب ضوؤها لان العضو
اذا عدمت منفعته فقد عدم معنى وهذا لان الصورة تابعة للمنفعة فلا يكون بمقابلة الصورة عوض
الا اذا تجردت للاتلاف بان اتلف عضوا ذهب نفعه فانه يجب فيه حكومة عدل ان لم يكن فيه جمال
كاليد الشلاء وارش كامل ان كان فيه جمال كالاذن الشاخصة ولا يلزم من اعتبار الصورة والجمال
اذا تجردت عن المنفعة اعتبارها اذا كانا معها الا يرى ان الاعضاء كلها تتبع النفس فلا يكون لها ارش
اذا اتلفت الاعضاء معها ويكون لها اذا اتلفت وحدها كذا في السمين فصل في احكام الشجاج جمع
شجة وهو ما يكون في الرأس والوجه كما سيأتي لا قود في الشجاج لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لانه
لا حد ينتهي السكين اليه ولان فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه وهذا رواية عن ابي حنيفة
كذا في الهداية وسيأتي ما ذكره محمد في الاصل وهو ظاهر الرواية الا في الموضحة ان كانت عمدا لقوله تعالى
والجروح قصاص لامكان اعتبار المساواة فيها وقد قضى عليه السلام بالقصاص في الموضحة اعلم ان الاتفاق
على وجوب القصاص في الموضحة عمدا انما يثبت اذا لم يختل به عضو آخر حتى لو شج موضحة عمدا فذهب عيناه

فلا قصاص عند ابى حنيفة فتجب الدية فيها وقالا فى الموضحة قصاص وفى البصر دية كذا فى الكافى ذكره فى شرح
المجمع وفيها اى فى الموضحة خطاء نصف عشر الدية وهى اى الموضحة التى اى الشجة التى توضح العظم اى تبينه
وثلث نصفه وفى الهاشمة وهى التى تهشم العظم اى تكسره عشرها اى عشر الدية وانما لم تقيد بالخطاء كما فى التى
بعدها لان كل شجة لا قود فيها فالعمد والخطاء فيه سواء كما فى الذخيرة كذا فى القهستانى وفى المنقلة وهى التى تنقل
العظم بعد الكسر اى تحركه عشرها ونصفه اى ونصف عشرها وفى الآمة ثلثها وهى الشجة التى تصل الى ام الدماغ
ثلثها وام الدماغ هى الجلدة الرقيقة وكذا فى الجائفة ثلث الدية وهى الجراحة التى وصلت الى الجوف وان نفذت
الجائفة الى الجانب الآخر فهما جائفتان ويجب فيهما ثلثاها لما روى فى كتاب عمرو بن حزم ان النبى عم قال وفى الموضحة
خمس من الابل وفى الهاشمة عشر وفى المنقلة خمس عشرة وفى الآمة ويروى المأمومة ثلث الدية وفى الجائفة ثلث
الدية وعن ابى بكر رضه انه حكم فى جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثى الدية ولانها اذا نفذت نزلت منزلة
جائفتين احديهما من جانب البطن والاخرى من جانب الظهر وفى كل جائفة ثلث الدية فلهذا اوجب فى النافذة
ثلثا الدية وقال فى الايضاح الجائفة ما تصل الى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه
وما وصل من الرقبة الى الموضع الذى اذا وصل اليه الشراب كان مفطرا او ما فوق ذلك فليس بجائفة قال فى النهاية
فعلى هذا ذكر الجائفة هنا فى مسائل الشجاج وقع اتفاقا وذلك لان الشجاج تختص بالرأس والجبهة والوجه والذقن
كذا فى العناية وفى كل واحدة خبر مقدم لمبتداء مؤخر وهو قوله الآتى حكومة عدل اى وفى كل من الحارصة بالمهملات
وهى التى تشق الجلد بلا اخراج دم منه والدامعة بالعين المهملة وهى التى يخرج منه ما يشبه الدمع بلا تسيله
والدامية وهى التى تسيل الدم هكذا فى الهداية والكافى لكن فى الظهيرية الدامية ما يدميه من غير ان يسيله وهو
الصحيح والدامعة ما يسيله كدمع العين والباضعة بالضاد المعجمة والعين المهملة وهى الشجة التى تبضع الجلد
اى تقطعه والمتلاحمة وهى الشجة التى تأخذ فى اللحم اى تقطع اكثر لحمه بلا اظهار جلدة رقيقة بين اللحم والعظم
والسمحاق بكسر المهملة وسكون الميم وهى جلدة فوق العظم تصل اليها الشجة بين اللحم وعظم الرأس حكومة عدل
لانه ليس فيها ارش مقدر شرعا ولا يمكن اهدارها لكرامة الانسان فيجب فيها الحكومة قال عمر بن عبد العزيز ما دون
الموضحة خدوش فيها حكومة عدل وعند محمد فيها القصاص كالموضحة قال محمد فى الاصل وهو ظاهر الرواية يجب القصاص
فيما قبل الموضحة لانه يمكن اعتبار المساواة فيها اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالب فيسبر غورها بمسبار
ثم تتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص كذا فى الهداية والاختيار وشرح
الوافى وهو الصحيح وفى الزيلعى وهو الاصح لظاهر قوله تعالى والجروح قصاص مع امكان المساواة والشجاج تختص
بالوجه والرأس لغة كالخدين والذقن والجبهة وما كان فى غير الوجه والرأس تسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة فى الصحيح
حتى لو تحققت فى غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها ارش مقدر وانما تجب حكومة العدل لان التقدير بالتوقيف
وهو انما ورد فيما يختص بهما والجائفة تحقق بالجوف اى جوف الرأس او جوف البطن والجنب والظهر وما سوى ذلك
جراحات فيها حكومة عدل لانها غير مقدرة من جهة السمع ولا مهدرة فيجب حكومة عدل وهى اى حكومة العدل
ان يقوم المجروح عبدا بلا هذا الاثر ويقوم معه فما نقص من قيمته وجب بنسبته من ديته مثلا لو كانت قيمته
من غير جراحة تبلغ الفا ومع الجراحة تبلغ تسعمائة علم ان الجراحة اوجبت نقصان عشر قيمته فاوجبت
عشر الدية وهذا عند الطحاوى لان الحر لا يمكن تقويمه والقيمة للعبد كالدية للحر فما اوجب نقصا فى احدهما اعتبر بالآخر

ذكره

ذكره فى الاختيار وقال قاضيخان والفتوى على هذا ذكره فى العناية وهو اى ما ذكر من قول الطحاوى ومشايخ بلخ لا فتاء
الحلوانى يفتى كما فى الكافى وغيره الا ان الكرخى ضعفه بانه يؤدى الى ان موجب هذه الشجاج التى فوق الموضحة اكثر من
موجب الموضحة بان كان نقصان قيمتها اكثر من نصف عشر الدية كذا فى القهستانى قال الكرخى فالصحيح ان ينظر
الى مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف العشر فان هذه الشجة لو كانت باضعة مثلا فانه ينظر
كم مقدار الباضعة من الموضحة فان كان مقدارها ثلث الموضحة وجب ثلث ارش الموضحة وان كان ربع الموضحة يجب
ربع ارش الموضحة وان كان ثلاثة ارباع الموضحة يجب ثلاثة ارباع ارش الموضحة قال شيخ الاسلام هذا هو الاصح
لحديث على رضه فانه اعتبر حكومة العدل فى الذى قطع طرف لسانه بهذا الاعتبار ولم يعتبر بالعبيد كذا فى العناية
والزيلعى وقال الصدر الشهيد انه يفتى به ان كان الشجة على الرأس وبالاول ان كانت على غيره كما فى الظهيرية والاصح انها
ما يرى القاضى بمشورة اهل البصيرة لانه اعم كما فى المضمرات والمشهور انه غرس فى كل جراحة برأة كما فى التمرتاشى كذا فى القهستانى
وفى اصابع اليد وحدها نصف الدية لان فى اصبع عشر الدية على ما روينا او اصابع اليد مع الكف نصف الدية لقوله عليه السلام
وفى اليدين الدية وفى احديهما نصف الدية ولان الكف تبع للاصابع لان البطش بالاصابع ومع نصف الساعد نصف
الدية للاصابع لانها كاليد وحكومة عدل لنصف الساعد لانه لا منفعة فيه ولا جمال وكذلك اذا قطعها من المرفق وهو
رواية عن ابى يوسف وعندهما ان ما زاد على اصابع اليد والرجل فهو تبع الى المنكب والى الفخذ لان الشرع اوجب فى
اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب فلا يزاد على تقدير الشرع ولهما ان اليد آلة باطشة والبطش
يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعا فى حق التضمين ولانه لا وجه الى ان يكون تبعا للاصابع لان
بينهما عضوا كاملا ولا الى ان يكون تبعا للكف لانه تابع ولا تبع للتبع فاذا لم يكن تبعا للاصابع ولا للكف وجب اعتباره
على حدة اذ لا وجه لاهداره ولم يرد من الشارع شىء مقدر فيجب فيه حكومة عدل والجواب عن قوله واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب
بالمنع فان اليد اذا ذكرت فى موضع القطع فالمراد به من مفصل الزند كما فى آية السرقة قال فى الذخيرة الصحيح قولهما وفى كف فيها
اصبع عشر الدية وان فيها اصبعان فخمسها لا شىء فى الكف عنده وهو الصحيح وعندهما يجب الاكثر من ارش الكف ومن
دية الاصبع او الاصبعين ويدخل الاقل فى الاكثر لهما انه لا وجه الى الجمع بين الارشين لان الكل شىء واحد ولا الى
اهدار احدهما لان كل واحد اصل من وجه فرجحنا بالكثرة وله ان الاصابع اصل والكف تابع حقيقة وشرعا لان البطش يقوم
بها واوجب الشرع فى اصبع واحدة عشرا من الابل والترجيح من حيث الحقيقة والشرع اولى من الترجيح من حيث مقدار
الواجب اما من حيث الحقيقة فهو ان البطش بالاصابع واما من حيث الحكم فلان الاصبع له ارش مقدر والكف ليس
كذلك وما ثبت فيه التقدير نصا اولى فان المصير الى الرأى ضرورى ولا ضرورة عند امكان الارش المقدر شرعا ولما كان
الاعتبار عنده لتقدير الشرع نصا لم يفرق بين ان يكون الباقى من الاصابع واحدا او اكثر لان للاصبع الواحدة
ارشا مقدرا فجعل الكف تبعا للاصبع الواحدة وكذا المفصل الواحد من الاصبع فى ظاهر الرواية لان له ارشا
مقدرا وما بقى شىء من الاصل وان قل فلا حكم للتبع وان فيها ثلاث اصابع فدية الاصابع وهى ثلاثة اعشار
ولا شىء فى الكف اجماعا لان الاصابع اصول فى التقوم وللاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت
الاصابع قائمة باسرها وفى الاصبع الزائدة حكومة عدل يعنى سواء قطع عمدا او خطاء وسواء كان للقاطع اصبع
زائدة او لا اما اذا لم تكن فلانه لا وجه الى قطع اصبع اخرى فلا يجب القصاص كمن قطع ابهام انسان وليس له
ابهام ولان المساواة فى القيمة شرط جريان القصاص ولم توجد لان قيمة الاصبع الزائدة حكومة عدل وقيمة

الاصبع للغير الزائدة ارش مقدر فلا مساواة بينهما في القيمة واما اذا كان له اصبع زائدة فلان المساواة في القيمة يقينا شرط جريان القصاص ولم توجد لما قلنا ان الواجب في قطع الزائدة حكومة عدل وهي تعرف بالقيمة والقيمة تعرف بالحزر والظن فلا تتعين ثمه وانما وجبت فيه حكومة العدل تشريفا للآدمي لانه جزء من يده وان لم يكن فيه منفعة ولا زينة وكذا تجب الحكومة في الشارب لانه تبع اللحية وقد قيل السنة فيها الحلق فلم يكن جمالا كاملا وفي لحية الكوسج فانها ليست جمالا كاملا ايضا كما تجب في الشعر انما تجب اذا فسد المنبت اما اذا اعاد فنبت كما كان لا يجب شيء لعدم الموجب وقد مر ما يتعلق بحلق شعر الرأس واللحية والخلاف فيه وذكر في الرجل بانه لا منفعة فيه ولا جمال فذكر الطفل في العينين ولسان الاخرس واليد الشلاء والعين العوراء والرجل العرجاء والسن السوداء ففي بعضها لا منفعة ولا جمال وفي بعضها لا منفعة وفي بعضها لا جمال وكذا في عين الطفل ولسانه وذكره وقال الشافعي تجب دية كاملة لان الغالب فيه الصحة فاشبه قطع المارن والاذن من الصبي ولنا ان المقصود من هذه الاعضاء المنفعة فاذا لم نعلم صحتها لا يجب الارش الكامل بالشك والظاهر لا يصلح حجة للالزام بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال واستهلال الصبي ليس بكلام وانما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي العين بما يستدل به على النظر وهذا معنى قوله الا اذا لم تعلم صحته ذلك بما يدل على ابصاره وتحرك ذكره وكلامه فيكون بعد ذلك حكمه حكم البالغ في العمد والخطاء وان شج رجلا موضحة فذهب عقله او شعر رأسه دخل ارش الموضحة في الدية لان بفوات العقل يبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا اوضحه فمات في بطلان منفعة جميع الاعضاء وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت سقط والدية تجب بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد وهو فوات الشعر لكن سبب الموضحة البعض وسبب الدية الكل فدخل الجزء في الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده وقال زفر لا يدخل لان كل واحد جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات وجوابه ما ذكرناه هذا اذا لم يمت فان مات يدخل ارش الموضحة في الدية اتفاقا وان شج موضحة فذهب سمعه او بصره او كلامه لا يدخل ارش الموضحة في ارش واحد منها لان كلا منها جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان نفعه عائد الى جميع الاعضاء وان ذهب بها اي بالموضحة عيناه فلا قصاص في ذلك عند ابي حنيفة وقال المشايخ ينبغي ان يجب فيهما اي ارش الموضحة وارش العينين وعندهما يجب القصاص في الموضحة وقالوا ينبغي ان تجب الدية في العينين لهما ان الفعل وقع في محلين فيكون جنايتين مبتداءتين فالشبهة في احديهما لا تتعدى الى الاخرى كمن رمى الى رجل عمدا فاصابه ونفذ الى غيره فقتله تجب القود في الاول وله ان الجراحة الاولى سارية والجراحة التي تحمل قصاصا قد لا يكون سارية اذ ليس في وسعه فعل ذلك فلا يكون مثلا للاولى والقصاص بدون المماثلة ولان الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة حالة الشج فكذا محل الجنايتين واحد من وجه لاتصال احدهما بالآخر ونهاية الجناية لم توجب القصاص بالاتفاق فتورث الشبهة في البداية نظرا الى اتحادهما بخلاف النفسين فيما اذا نفذ السهم الى غيره فقتله لان احدهما ليس من سراية صاحبه وكما ههنا فالسراية انما تكون بتعاقب الالام وهو انما يتحقق في شخص واحد ولا قصاص في اصبع قطعت اخرى بجنبها عند ابي حنيفة رح وعندهما وعند زفر والحسن يقتص في المقطوعة وتجب الدية في الاخرى والوجه من الجانبين قد ذكرناه وروى ابن سماعة عن محمد في المسئلة الاولى وهو ما اذا شج موضحة فذهبت بصره انه يجب القصاص

فيهما

فيهما اي في الشجة وذهاب البصر فرق محمد على هذه الرواية بين ذهاب البصر من الشجة وبين ذهاب السمع منها فاوجب القصاص فيهما في الاول دون الثاني لانه لو ذهب سمعه بفعل مقصود بان ضرب على رأسه حتى ذهب سمعه لا يجب القصاص لتعذر اعتبار المساواة بخلاف البصر فان ذهابه ان كان بفعل مقصود يجب القصاص فكذلك بسراية الموضحة بخلاف المسئلة الاخيرة وهو ما اذا قطعت اصبع فشلت اخرى لان الشلل لا قصاص فيه ووجه الرواية المشهورة ان ذهاب البصر بطريق التسبيب الا ترى ان الشجة بقيت موجبة في نفسها حتى وجب ارشها مع دية العينين عند ابي حنيفة والقصاص في الموضحة والارش في العينين عندهما ولا قود في التسبيب بخلاف السراية الى النفس لانه لا تبقى الاولى فانقلبت الثانية مباشرة ولو قطع مفصلها الاعلى فشل ما بقي فلا قصاص بل الدية فيما قطع وحكومة عدل فيما شل قال الزيلعي وان كان عضوا واحدا بان قطع الاصبع من المفصل الاعلى فشل ما بقي منها يكتفي بارش واحد ان لم ينتفع بما بقي وان كان ينتفع به تجب دية المقطوع ويجب حكومة عدل في الباقي بالاجماع انتهى وكذا لو قطع الاصبع فشلت الكف يجب في الكل الارش ويجعل كله جناية واحدة كذا في غاية البيان ولا قصاص ايضا فيما لو كسر نصف سن يعني سن رجل حر فاسود باقيها لانه لا يمكنه ان يضربه ضربا يسود منه بل تجب دية السن كلها يعني يجب ارش تلك السن كاملا في الخطاء على العاقلة والعمد من ماله ولم يفصل ما اذا كانت السن من الاضراس التي لا ترى او من الاسنان التي ترى وقالوا يجب ان يكون الجواب على التفصيل فان كانت من الاضراس فالمعتبر في وجوب كمال الارش تفويت المنفعة بالاسوداد دون الجمال لانه ليس بظاهر ففيه حكومة عدل وان كان مما ترى فالامر بالعكس وكذا لو احمر باقيها او اخضر او اصفر اعلم ان الاصفرار كالاسوداد عند بعض المشايخ فيجب فيه كمال الارش وعند آخرين حكومة عدل لانه لم يفوت جنس منفعة السن ولا فوت الجمال على الكمال لان الصفرة قد يكون لون الاسنان في بعض الاسنان وانما تمكن فيه نوع نقص فيجب الحكومة بخلاف الحمرة والخضرة والسواد لانها لا تكون لون الاسنان بحال فكان مفوتا للجمال على الكمال اذا كانت بادية كذا في العناية وقال في الخلاصة اختلف في الاصفرار والحمرة الدية كما في سائر الالوان انتهى وقال قاضيخان وان اصفر اختلف فيه المشايخ والصحيح انه لا يجب شيء انتهى ولو اسود كلها بضربه وهي اي السن المضروبة قائمة غير ساقطة فالدية في الخطاء على العاقلة وفي العمد في ماله ولا قصاص لما ذكرنا انه لا يمكنه ان يضربه ضربا يسود منه ولو قلعت سن رجل فنبتت مكانها سن اخرى يعني بغير اعوجاج سقط ارشها كاملا لان الجناية قد تحققت والحادث نعمة مبتداة من الله تعالى وله ان الجناية انعدمت معنى فصار كما اذا قلع سن صبي فنبتت ففي سن الصبي سقط الارش اجماعا لعدم فساد المنبت حيث نبتت مكانها اخرى فلم يفت عليه منفعة ولا زينة وان اعاد الرجل سنه المقلوعة الى مكانها فنبتت عليها اللحم لا يسقط ارشها يعني يجب على القالع ارشها بكماله اجماعا لان هذا مما لا يعتد به اذ العروق لا تعود وكذا لو قطع اذنه فالصقها فالتحمت لانها لا تعود الى ما كانت عليه ومن قلعت سنه فاقتص من القالع ثم نبتت سن الاول فعليه دية سن المقتص منه لانه تبين انه استوفى بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها اخرى فانعدمت الجناية ويستأنى اي ويؤجل في اقتصاص السن والموضحة حولا وقال في التتمة حتى يبرء موضع السن لا الحول هو الصحيح لان نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التأجيل وليس بظاهر وانما الظاهر ما في الهداية كان ينبغي ان ينتظر الياس في ذلك الا ان في اعتبار ذلك تضييع الحقوق

انه صح

فاكتفينا بالحول لكامل لانه مشتمل على الفصول الاربعة ولها تاثير فيما يتعلق ببدن الانسان فلعل فصلا منها
يوافق مزاج المجني عليه فيؤثر في انباته وقال في الذخيرة وبعض مشايخنا قالوا الاستيناء حولا في فصل البالغ
والصغير جميعا لقوله عليه السلام في الجراحات كلها يستأني حولا كذا في العناية وكذا لو ضربت سنه فتحركت
يستأني حولا ليظهر اثر فعله فلو اجله القاضي حولا فجاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا في سبب سقوطها
فان كان اختلافهما في سقوط السن قبل مضي السنة فالقول للمضروب ليكون التأجيل مفيدا فان التأجيل
انما يعتبر ليظهر عاقبة الامر فلو لم يقبل قوله كان التأجيل وعدمه سواء وبهذا الخلاف ما اذا شجه موضحة فجاء وقد صارت
منقلة فاختلفا حيث يكون القول قول الضارب لان الموضحة لا تورث المنقلة اما التحريك يؤثر في السقوط
فافترقا وان كان بعد مضيها فللضارب لانه ينكر اثر فعله وقد مضى الاجل الذي وقته القاضي لظهور الاثر
فالقول للمنكر ولو لم يسقط فلا شيء على الضارب ذكره ولو شج رجلا فالتحمت ونبت الشعر ولم يبق لها اثر
تسقط الارش عند ابي حنيفة رح لزوال الشين الموجب وعند ابي يوسف يجب ارش الالم وهو حكومة
عدل لان الشين وان زال فالالم الحاصل ما زال فيجب تقويمه وعند محمد يجب عليه اجرة الطبيب لانه انما لزمه
اجر الطبيب وثمن الدواء بفعله فصار كانه اخذ ذلك من ماله الآن ابا حنيفة يقول ان المنافع على اصلنا
لا تتقوم الا بعقد كالاجارة الصحيحة والمضاربة الصحيحة او بشبهة العقد كالاجارة والمضاربة الفاسدتين
ولم يوجد شيء من ذلك في حق الجاني فلا يغرم شيئا كذا في العناية وكذا اي كالشجة الملتحمة لو جرحه بضرب فزال اثره
في سقوط الارش عنده ووجوب ارش الالم عند ابي يوسف ووجوب اجرة الطبيب وثمن الدواء عند محمد
وان بقي اثره فحكومة عدل بالاجماع وان لم يجرحه فلا شيء عليه غير التعزير ولا يقتص لجرح او طرف او موضحة
الا بعد البرء لما روي ان رجلا جرح حسان بن ثابت فجاء الانصار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فطلبوا
القصاص فقال انتظروا ما يكون من صاحبكم فاما الجراحة للخطاء فلا شبهة فيها لانه ان اقتصرت فظاهر وان
سرت فقد اخذ بعض الدية فيأخذ الباقي كذا في الاختيار وذلك لانه ربما يسري الى النفس فلم يستقر على
شيء بالبرء او الهلاك لم يبد انه اي جناية فيترتب عليها الحكم وكل عمد سقط سقط فيه القود بشبهة كقتل الاب
ابنه فالدية فيه في مال القاتل وكذا كل ارش وجب بالصلح فهو مال القاتل لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل
عمدا الحديث وهذا عمد غير ان الاول يجب في ثلاث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فاشبه شبه العمد
والثاني يجب حالا لانه مال وجب بالعقد فاشبه الثمن في البيع ذكره في الهداية وسيأتي في كتاب المعاقل وعمد الصبي
والمجنون خطاء وديته على عاقلته وكذا كل جناية موجبها خمسمائة فصاعدا ولا كفارة فيه ولا حرمان الارث
والمعتوه كالمجنون وقال الشافعي عمد كل احد منهم عمد حتى يجب الدية في ماله لانه عمد حقيقة اذ العمد هو القصد
غير انه يتخلف عنه احد حكميه وهو القصاص فينسحب عليه حكم الآخر ولنا ما روي عن علي رضه انه جعل عقل
المجنون على عاقلته وقال عمده وخطاؤه سواء ولانه وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو اعذر اولى بهذا التخفيف ولا
نسلم تحقق العمدية فانها تترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل فاني يتحقق
منهما القصد فصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا من اهلها والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب
تستره لانهما مرفوعا القلم كذا في الهداية فصل ومن ضرب بطن امرأة فالقت جنينا الجنين
الولد في بطن الام قبل ان يولد ميتا فعلى عاقلته غرة بضم الغين المعجمة وتشديد الراء المهملة لغة الخيار

يقال

غرة المال لخياره كالفرس والبعير النجيب وتطلق على اول الشيء كما سمي اول الشهر غرة وسمي بدل الجنين غرة لان
الواجب عبد والعبد يسمى غرة وقدر ما المصر شرعا بقوله خمسمائة درهم لما روي ان النبي عليه السلام قال
في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة درهم وروي او خمسمائة فتكون الغرة نصف عشر الدية في الذكر
وعشر الدية في الانثى وكل منهما خمسمائة درهم لان نصف العشر من عشرة الآف هو العشر من خمسة الآف والقياس
ان لا يجب شيء وهو قول زفر لانه لم يعلم حيوته بيقين وفعل القتل لا يتصور الا في محل هو حي فلا يجب الضمان بالشك
والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا لا يجب في جنين البهيمة الا النقصان الام ان تمكن وجه الاستحسان ما رويناه
فتركنا القياس بالاثر وهو حجة على من قدرها بستمائة نحو مالك والشافعي ثم هي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة
درهم وقال مالك في ماله لانه بدل الجزء ولنا انه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس ولذا سماه
عليه السلام دية حيث قال دوه وقالوا اندي من لا صاح ولا استهل الحديث الا ان العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة
وتجب في سنة واحدة وقال الشافعي في ثلاث سنين لانه بدل النفس ولهذا يكون موروثا بين ورثته ولنا ما روي
عن محمد بن الحسن انه قال بلغنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل على العاقلة في سنة ولانه ان كان بدل النفس من حيث
الانفصال بالام فعملنا بالشبه الاول في حق التوريث وبالثاني في حق التأجيل الى سنة لانه بدل العضو اذا كان ثلث
الدية او اقل اكثر من نصف العشر يجب في سنة بخلاف اجزاء الدية لان كل جزء منها على من وجب يجب في ثلاث سنين
ويستوي فيه الذكر والانثى لاطلاق ما رويناه ولانه انما يظهر التفاوت بين الذكر والانثى في الولدين المنفصلين في الدية
لتفاوت معاني الآدمية في المالكية فان الذكر مالك مالا ونكاحا والانثى مالكة مالا مملوكة نكاحا فكان بينهما تفاوت فيما هو
من خصائص الآدمية وهو معدوم في الجنين فيتقدر بمقدار وهو خمسمائة كذا في الهداية والعناية وان القته حيا فمات
فديته اي فعلى الضارب دية كاملة لانه اتلف آدميا خطاء او شبه عمد ذكره الزيلعي والعيني وان القته ميتا وبعده ماتت
الام فغرة للجنين ودية للام وقد صح ان النبي عليه السلام قضى في هذا بالغرة والدية وان ماتت الام بالضرب فالقته
حيا فمات الجنين فديتها ودية لانه قتلهما فصار كما اذا القته حيا وماتا وان ماتت الام بالضرب ثم القته ميتا
فديتها اي فعليه دية الام فقط اي فلا شيء عليه للجنين وقال الشافعي تجب الغرة في الجنين لان الظاهر موته بالضرب
فصار كما اذا القته ميتا وهي حية ولنا ان موت الام احد سببي موته لانه يختنق بموتها اذ تنفسه بتنفسها فلا يجب
الضمان بالشك وما يجب في الجنين يورث عنه لانه بدل نفسه فترثه ورثته ولا يرث عنه الضارب اي لا يأخذ
الضارب الوارث مما يجب في الجنين من الغرة او الدية لانه قاتل بغير حق مباشرة وقد عرفت انه لا ميراث للقاتل وفي
جنين الامة يعني اذا لم يكن من المولى ولا من المغرور نصف عشر قيمته لو كان الجنين ذكرا وعشر قيمته لو كان انثى وطريق
ذلك ان يقوم الجنين بعد انفصاله ميتا على لونه وهيئته لو كان حيا فينظر كم قيمته ويجب نصف عشر ذلك ان كان
ذكرا وعشره ان كان انثى وانما قيد بما يكون الحمل من غير المولى والمغرور لانه لو كان من احدهما لزمت الغرة لكونه
حرا ذكرا كان او انثى فلو ضاع الجنين ووقع النزاع في القيمة فالقول للضارب لانكاره الزيادة وان تعذر الوقوف
على ذكورته وانوثته يؤخذ بالمتيقن كذا في العناية وقال الشافعي في جنين الامة عشر قيمة الام لانه جزء من وجه
وضمان الاجزاء يؤخذ مقداره من الاصل ولنا انه بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان في
الاصل الا ترى انه اذا قطع السن فنبتت مكانه اخرى لم يجب شيء وههنا بدل الجنين واجب وان لم يظهر في الام
نقصان فدل على ان وجوبه باعتبار معنى النفسية لا الجزئية فيقدر بقيمة نفس الجنين لا بقيمة الام وعند ابي يوسف

هذا غير ظاهر الرواية عن ابي يوسف قال في المبسوط ثم وجوب البدل في جنين الامة قول ابي حنيفة ومحمد وهو الظاهر من
قول ابي يوسف وعنه في رواية انه ان نقصت الامة ضمن نقصانها والا فلا ضمان كما في جنين البهيمة وهذا لان
الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده كما سياتي وان ضربت الامة فحرر سيدها حملها فالقته حيا فمات تجب قيمته حيا لا الدية
اي لا يجب دية وان مات بعد العتق لانه قتله بالضرب السابق وقد كان في حالة الرق فلهذا تجب القيمة دون الدية
وتجب قيمته حيا لانه صار قاتلا اياه وهو حي فاوجبنا القيمة اعتبارا لحالة الضرب واوجبنا قيمته حيا لا مشكوكا في حيوته اعتبارا
لحالة التلف ولا كفارة في الجنين وعند الشافعي تجب لانه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطا ولنا ما مر ان الكفارة فيها
معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس الكاملة بالنص فلا يتعداها الى غيرها وهو الجنين لان القياس لا يجري في العقوبات
وليس غير الكاملة كالكاملة حتى تلحق بها دلالة ولهذا لم يجب كل الدية الا ان يشاء ذلك فيتبرع لانه ارتكب محظورا فاذا
تقرب الى الله تعالى كان افضل له ويستغفر مما صنع والجنين المستبين بعض خلقه كالظفر والشعر كتام الخلق في جميع
الاحكام المذكورة لاطلاق ما روينا وان شربت المرأة دواء لتطرح الولد متعمدة او عالجت فرجها لطرح جنينها فالقته
فالغرة على عاقلتها في سنة واحدة ان فعلت ذلك بلا اذن ابيه وان باذنه فلا شيء عليها وفي الفتاوى معتدة
حامل احتالت لانقضاء عدتها باسقاط الحمل فعليها الغرة للزوج ولا ترث منه ذكره في الاختيار

باب ما يحدث في الطريق

لما فرغ من بيان احكام القتل مباشرة ذكر احكامه تسببا والاول اولى بالتقديم اما لانه قتل بلا واسطة
واما لكثرة وقوعه من احدث في طريق العامة اي طريق للعامة نافذة واقعة في الامصار والقرى دون الطريق في
المفاوز والصحاري لانها لم يكن العدول عنها غالبا كما في الزاهدي وطريق العامة ما لا يحصى قومه او ما تركه للمرور
قوم بنوا دورا في ارض غير مملوكة فهي باقية على ملك العامة وهذا اختيار شيخ الاسلام والاول اختيار الامام الحلواني كما
في العمادي كنيفا اي مستراحا او ميزابا اي ما يركب في الحايط فيجري ماء من خشب وغيره وان لم ينقل غيره او
جرصنا بضم الجيم وسكون الراء وضم الصاد المهملة والنون قال فخر الاسلام جذع يخرجه الانسان من الحائط ليبني عليه
او دكانا بالضم والتشديد عربي او فارسي اعلم ان جملة الكلام في هذه المسئلة في اربعة اشياء في اباحة العمل وفي الخصومة
في منع احداث ذلك ابتداء وفي الخصومة بالنقض بعد الاحداث وفي ضمان ما يتلف به فاشار الى الاول بقوله وسعه
ذلك اي ذلك الاحداث لانه اذا وسعه الانتفاع به وسعه احداثه ايضا وذلك لان له حق المرور ولا ضرر فيه فيلحق ما
في معناه به والمانع متعنت ولذا قال ان لم يضر اي ذلك الاحداث بهم اي بالعامة بان كان الطريق واسعا لا
يضر ذلك بالمار وقيل بان كان شاذروانا يمر فيه الجيوش والاحمال بحيث اذا سار فيه الفارس ورمحه منتصب
لا يبلغه وان ضرهم كره له ذلك لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام اي لا ابتداء ولا تعديا عن مقدار
حقه في الاقتصاص لان الضرار بمعنى المضارة وهو ان تضر من ضرك ولم يتعرض المصنف للثاني وهو الخصومة في
ابتداء الاحداث بالدفع فنقول فيه خلاف بين العلماء قال ابو حنيفة رح لكل احد من عرض الناس مسلما كان او ذميا
ان يمنعه من الوضع سواء كان فيه ضرر او لم يكن اذا اراد الوضع بغير اذن الامام لان فيه الافتيات على راي الامام
فيما اليه تدبيره فلكل واحد ان ينكر عليه وبه قال ابو يوسف وقال محمد ليس لاحد حق المنع اذا لم يكن فيه ضرر لانه ماذون
في احداثه شرعا فهو كما لو اذن له الامام ذكره في العناية واشار الى الثالث بقوله ولكل منهم نزعه اي نزع ذلك المحدث
وابطاله بعد الاتمام وكذا قبله كما هو مذهبه وهو الصحيح ذكره في القهستاني والحاصل ان لكل واحد من العامة ممن كان
من اهل الخصومة كالمسلم البالغ العاقل الحر والذمي ان يطالبه بالنقض والرفع اذا احدثه بغير اذن الامام وقالا

عند ابي حنيفة

ليس لاحد

ليس لاحد ذلك اما على قول محمد فظاهر لانه جعله كالماذون من الامام فلا يرفعه احد اذا لم يكن فيه ضرر بالناس وبه قال
الشافعي ومالك واحمد والنخعي والاوزاعي واسحاق لان الشرع اذن له في ذلك وصار كالمرور حيث لا يجوز لاحد ان
يمنعه منه والجواب ان هذا انتفاع بما لم يوضع له الطريق فكان لهم منعه وان كان جائزا في نفسه بخلاف المرور فيه
لانه انتفاع بما وضع له الطريق واما ابو يوسف فانه يقول كان قبل الوضع لكل احد يد فيه فالذي يحدث يريد ان
يجعلها في يده بنفسه خاصة فاما بعد الوضع فقد صار في يده فالذي يخاصمه يريد ابطال يده من غير دفع الضرر عن نفسه فهو
متعنت ولابي حنيفة ان كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض كما في الملك المشترك فان لكل
واحد من الشركاء في الملك حق النقض لو احدث غيرهم فيه شيئا فكذا في الحق المشترك بخلاف الصبيان والعبيد المحجور
عليهم حيث لا يؤمر بالهدم بمطالبتهم لان خصومة المحجور عليه لا تعتبر في حق ماله فكذا في حق غيره هذا كله اذا بنى لنفسه واما اذا بنى
للمسلمين كالمسجد ونحوه فلا ينقض وقال اسمعيل الصفار انما ينقض عند ابي حنيفة بخصومة الطالب اذا لم يكن له
مثله حتى لو كان مثله لا يلتفت الى خصومته لانه متعنت لا محتسب اذ لو اراد بذلك دفع الضرر عن الناس
بدا بنفسه وحيث لم يزل ما في قدرته علم انه متعنت ذكره الزيلعي والعمادية وفي الطريق الخاص بان يكون
غير نافذ لا يسعه اي احداث ذلك بلا اذن الشركاء وان لم يضر ذلك للشركاء لان الطريق الغير النافذ مملوك
لهم غالبا قال فخر الاسلام المراد بغير النافذ المملوك وليس ذلك بعلة الملك فقد ينفذ وهو مملوك وقد لا
ينفذ وهو للعامة لكن ذلك دليل الملك غالبا فاقيم مقامه ووجب العمل به حتى يدل الدليل على خلافه ولهذا اوجبت
الشفعة لهم على كل حال اي سواء كانوا ملتزقين او لم يكونوا فلا يجوز التصرف اضرهم او لم يضر الا باذنهم
واما في الطريق النافذ فله التصرف الا اذا اضر لانه يتعذر الوصول الى اذن الكل فيجعل في حق كل واحد كانه
هو المالك وحده حكما كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى ارضائهم ممكن
فبقي على الشركة حقيقة وحكما واشار الى الرابع بقوله وعلى عاقلته اي يجب على عاقلة من احدث ذلك في احد الطر يقين
دية من مات بسقوطها اي بسقوط احدى هذه المحدثات المذكورة على من تحتها فمات فيهما اي في احد الطريقين
لان المحدث صار سببا لموته وفي الخطاء كان العاقلة يتحملون الدية تخفيفا على القاتل ففي التسبيب اولى بالتخفيف
وكذا لو عثر اي سقط بنقضه انسان او عطبت به دابة وان دفع العاثر بنقضه على آخر فماتا جميعا فالضمان
اي ضمانهما على من احدثه لانه يصير كالدافع اياه عليه ولا ضمان على الذي عثر به لانه مدفوع في هذه الحالة
والمدفوع كالآلة وان سقط الميزاب ينظر فان اصابه طرف الميزاب الذي كان منه في الحائط رجلا فقتله
فلا ضمان على محدث ذلك الميزاب لانه غير متعد فيه لانه وضعه في ملكه وان اصابه الطرف الخارج من
من الحائط ضمن الذي وضعه لكونه متعديا فيه ولا ضرورة لانه يمكنه ان يركبه في الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم من
الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة والا لساوى المالك غيره كما في الرمي ولو اصابه الطرفان جميعا وعلم ذلك وجب
النصف وهدر النصف كما اذا جرحه سبع وانسان ولو لم يعلم اي طرف اصابه يضمن النصف اعتبارا
للحالين وانما نعلم بيقين انه قتيل الميزاب ولا نعلم انه باي الطرفين كان فان كان بالطرف الداخل فلا
ضمان وان كان بالخارج فعليه الضمان فيجعل كانه حصل بالطرفين فيضمن النصف لكن اي كما تجب الدية
على عاقلة من حفر بئرا او وضع حجرا في الطريق اي في طريق المسلمين فتلف به انسان لانه مسبب حتى لا تجب
فيه الكفارة ولا يحرم من الميراث ذكره العيني وان تلف به بهيمة فضمانها في ماله لان العاقلة تتحمل النفس دون

المال فكان ضمان البهيمة فى ماله والقاء التراب واتخاذ الطين فى الطريق كوضع الحجر والخشبة ونحو ذلك
لما مر انه تسبب وهذا كله اذا كان فعله بلا اذن الامام كما اشرنا اليه فان فعل شيئا من ذلك المذكور باذنه اى باذن
الامام فلا ضمان فيه على احد لان التدبير فيما يكون للعامة للامام ولو حفر فى الطريق بئرا ومات الواقع
فيها جوعا او غما اى انخناقا بالعفونة فلا ضمان على حافره عند ابى حنيفة رح وان حفرها بلا اذن من الامام
لانه مات لمعنى فى نفسه فلا يضاف الى الحفر ولهذا لو حبس رجلا فى بئر حتى مات غما فانه لا ضمان عليه وانما
يجب الضمان لو مات فيه من الوقوع لان اثر فعله وهو العمق اثر فى نفس الواقع فلا بد من اثر من الوقوع
لوجوب الضمان وعند محمد عليه الضمان فى الوجهين لانه انما يحدث بسبب الوقوع اذ لولاه لكان الطعام
قريبا منه والحكم تارة يضاف الى السبب بغير واسطة وتارة بواسطة فكذا عليه الضمان عند ابى يوسف
فى الغم لانه لا سبب للغم سوى الوقوع لا فى الجوع لان الجوع لا يختص بالبئر وان وضع حجرا فى الطريق فنحاه
آخر عن موضعه فعطب به انسان فضمان ما تلف به على الثانى وهو الذى نحاه لان حكم فعل الاول قد
انتسخ لفراغ ما شغله وانما اشتغل بالفعل الثانى موضع آخر ولو اشرع جناحا فى دار اى اخرج من جدار داره الى
الطريق جذعا يبنى عليه ثم باعها فضمان ما تلف به عليه اى على البائع وكذا لو وضع خشبة فى الطريق ثم باعها
وبرئ البائع يعنى مما يحدث من تلك الخشبة فتركها المشترى حتى عطب بها انسان فضمان ما تلف بها على البائع
وذلك لان فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه والوضع هو الموجب ولو وضع فى الطريق جمرا فاحرق شيئا
ضمنه لانه متعد فيه ولو احرق بعد ما حركته اى الجمر الريح الى موضع آخر قيل فيه تلويح الى ان الريح ان هبت شررها
فاحرقت شيئا وجب الضمان لان التعدى كان بوضع الجمر وهو باق فى مكانه واليه ذهب بعض اصحابنا ذكره
فى العناية لا يضمن لنسخ الريح فعله ان كانت الريح ساكنة عند وضعه فلو كان اليوم ريحا يضمنه لان فعله
علم بعاقبته وقد افضى الى عاقبتها وهو الحرق بواسطة الريح فلا ينفسخ حكم فعله بالانتقال من موضع الى موضع
فجعل كالمباشر بمنزلة الدابة التى جالت فى رباطها بهذا اختار السرخسى واختار الحلوانى عدم الضمان من غير تفصيل
ذكره فى الذخيرة والمبسوط كذا فى شروح الهداية وضمن من حمل على رأسه او ظهره شيئا فى الطريق ما تلف بسقوطه
منه وكذا اذا سقط فتعثر به انسان وسيأتى وجه الفرق بين الحامل واللابس وكذا من ادخل حصيرا او قنديلا او
او حصاة الى مسجد غيره بلا اذن من احد من اهل ذلك المسجد فعطب به احد ضمن عنده خلافا لهما ولو ادخل
هذه الاشياء الى مسجد حيه فعطب بذلك انسان لا يضمن اجماعا لهما ان هذه الاشياء من القرب وكل احد مأذون
فى اقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة كما اذا فعل باذن واحد من اهل المسجد وله الفرق ان التدبير فيما يتعلق بالمسجد
لاهله دون غيرهم كنصب الامام واختيار المتولى وفتح بابه واغلاقه وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير اهله فكان
فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم تعديا او مباحا مقيدا بشرطها وقصد القربة لا ينافى الغرامة
اذا اخطأ الطريق كما اذا تفرد بالشهادة بالزنا والطريق فيما نحن فيه الاستيذان من اهله كذا فى الهداية فقوله
كنصب الامام اى اذا لم يكن البانى موجودا اما اذا كان فنصب الامام اليه وهو مختار الاسكاف قال ابو الليث وبه
نأخذ الا ان ينصب شخصا والقوم يرون من اصلح منه ويجوز ان يكون صاحب الهداية اختار قول ابن سلام ان
القوم اولى فى نصب الامام والمؤذن والبانى اولى بالعمارة كذا فى العناية ولذا لا يضمن لو تلف شيء بسقوط رداء اى
لباس هو لابسه والفرق بين الحامل واللابس ان حامل الشيء قاصد حفظه فلا حرج فى التقييد بوصف السلامة واللابس

لايقصد

لا يقصد حفظ ما يلبس فيحرج بالتقييد به فجعلناه مباحا مطلقا وعن محمد انه اذا لبس ما لا يلبس عادة كاللبد والجوالق ودرع الحرب
فى غير موضع الحرب فهو كالحامل فاذا تلف بذلك انسان يضمن لان الحاجة لا تدعو الى لبسه ولذا لبس ما لا يحتاج اليه
على رواية ابن سماعة عن محمد لعدم البلوى به ومن جلس فى المسجد من اهله غير مصل فعطب به احد ضمنه عنده
خلافا لهما فان عندهما لا يضمن على كل حال ولا فرق بين جلوسه لاجل الصلوة او للتعليم اى لتعليم الفقه والحديث
او نام فيه اى فى المسجد فى اثناء الصلوة او فى غيره وبين ان يمر فيه اى فى المسجد او يقعد للحديث ولا فرق ايضا
بين مسجد حيه وغيره اما المعتكف فقيل على هذا الخلاف وقيل المعتكف لا يضمن بلا خلاف وفى الجالس فى المسجد
مصليا سواء كانت الصلوة فرضا او نفلا لان النفل بالشروع يصير فرضا لا يضمن اجماعا وان للوصل اى وان كان
المصلى من غير اهله لهما ان المسجد انما بنى للصلوة والذكر قال الله تعالى فى بيوت اذن الله ان ترفع ويذكر فيها اسمه يسبح له
فيها بالغدو والآصال ولا يمكنه اداء الصلوة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس فيها مباحا لانه من ضرورات الصلوة
ولان المنتظر للصلوة فى الصلوة حكما بالحديث فلا يضمن كما اذا كان فيها حقيقة وله ان المسجد موضع السجود الا ترى
ان المسجد اذا ضاق على المصلى كان له ازعاج القاعد فيه المشتغل بالقرأة والذكر والتدريس لانه يطلب موضعه
الاصلى دون العكس وهذه الاشياء ملحقة بالصلوة وما عرف الناس المسجد الا لاجل الصلوة فيه ولا دلالة لما ذكر من
الآيتين على ما سوى الاذن والعكوف وليس الكلام فيه وكونها من ضرورات الصلوة مسلم لكن لا بد من التفرقة
بين الموضع الاصلى وما الحق به واظهار التفاوت بينهما فجعلنا الجلوس للاصل مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مقيدا
بشرط السلامة ولا غرو ان يكون الفعل مباحا او مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرمى الى الصيد او الى
الكافر والمشى فى الطريق والمشى فى المسجد اذا اوطئ غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره وان جلس رجل فى المسجد
من غير اهله للصلوة فتعقل بيان انه ينبغى ان لا يضمن لان المسجد بنى للصلوة وامر الصلوة بالجماعة وان كان
مفوضا الى اهل المسجد فلكل واحد من المسلمين ان يصلى فيه وحده كذا فى الهداية والعناية وذكر شمس الائمة السرخسى
فى الجامع الصغير والصحيح من الجواب على قول ابى حنيفة اذا كان الجالس منتظرا للصلوة فانه لا يكون ضامنا وانما الخلاف
فى عمل لا يكون للاختصاص بالمسجد كقرأة القرآن ودرس الفقه والحديث وذكر الفقيه ابو جعفر فى كشف الغوامض
سمعت ابا بكر يقول ان جلس لقرأة القرآن معتكفا لا يضمن بالاجماع وذكر فخر الاسلام والصدر الشهيد انه
ان جلس للحديث يضمن بالاجماع وذكر فى الذخيرة اذا قعد فيه لحديث او نام او اقام فيه لغير الصلوة او مر فيه ضمن
عنده وقالا لا يضمن وان قعد للعبادة ففيه اختلاف المتأخرين هكذا ذكره سعد چلبى نقلا عن النهاية ولو استأجر رب
الدار عملة جمع عامل لاخراج الجناح او الظلة فوقع فتلف به شيء فالضمان عليهم اى على العملة ان تلف قبل فراغ
عملهم اعلم ان المستأجر لو قال للعملة اخرجوا جناحا على فناء دارى فان لى حق ذلك ولم يعلم العملة غيرها او قال فافعلوا
فسقط واصاب شيئا قبل الفراغ من العمل وبعده فالضمان عليهم ويرجعون على الآمر قياسا واستحسانا لانه وجب
بامره فلهم ان يرجعوا به عليه كما لو استأجر ليذبح شاة ثم استحقت بعد الذبح فللمستحق ان يضمن الذابح ويرجع
به الذابح على الآمر وان قال اشرعوا جناحا على فناء دارى واخبرهم ان لا حق له فى ذلك او لم يخبرهم ففعلوه فسقط
واتلف شيئا قبل الفراغ من العمل فعليهم الضمان ولم يرجعوا به على الآمر قياسا واستحسانا لان التلف بفعلهم
وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلما الى رب الدار وهذا لانه انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير
داخل فى عقده فلم ينتقل فعلهم اليه فاقتصر عليهم فان بعده اى وان تلف بعد الفراغ من عملهم فعليه اى فالضمان

على المستأجر استحساناً وفي القياس على العامل لانه امرهم بما لم يملك مباشرته بنفسه وقد علموا فساد الامر فلم يحكم بالضمان على المستأجر كما لو استأجر ليذبح شاة جار له فذبح ثم ضمن الذابح للجار لم يرجع به على الآمر وجه الاستحسان ان امر المستأجر صحيح من حيث ان فناءه مملوك له من وجه على معنى انه يباح له الانتفاع بشرط السلامة غير صحيح من حيث انه غير مملوك له من حيث لا يجوز له بيعه من حيث الصحة يكون قرار الضمان على الآمر بعد الفراغ من العمل ومن حيث الفساد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ منه عملا بهما واظهار جهة الصحة بعد الفراغ من العمل اولى من اظهارها قبل الفراغ لان امر الآمر انما صح من حيث انه يملك الانتفاع بفناء داره وانما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل فاذا صح امر المستأجر وقع فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكانه فعله بنفسه ولو فعله بنفسه يتقيد بشرط السلامة لكونه غير مملوك له فكذا اذا امره به فيضمنه كذا في الهداية والعناية ويضمن من صب الماء على الطريق العام فعطب به انسان او دابة وكذا ان رش الماء اي الجنب بحيث يزلق به عادة او توضأ به واستوعب الطريق لانه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة وان فعل شيئا من ذلك المذكور من الصب والرش والوضوء في سكة غير نافذة وهو اي الفاعل من اهلها اي من اهل تلك السكة او قعد فيها او وضع متاعه لا يضمن لان لكل واحد ان يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى اعتبارا للحق بالملك بحقيقته كما في الدار المشتركة وكذا لا يضمن ان رش ما لا يزلق به عادة او رش بعض الطريق فتعمد المار المرور عليه اي على موضع صب الماء فسقط فمات لا يضمن الراش لانه صاحب علة والعلة اذا صلحت لاضافة الحكم اليها بطل غيرها كالشرط ووضع الخشبة كالرش في استيعاب الطريق وعدمه وان رش فناء حانوت الفناء سعة امام البيوت وقيل ما امتد من جوانبها كذا في المغرب وذكر الامام التمرتاشي الفناء ما اعد لحوائج الدار كربط الدابة وكسر الحطب باذن صاحبه فالضمان اي فضمان ما عطب على الآمر استحسانا كما لو استأجره ليبني له في فناء حانوته فتلف شيء بعد فراغه وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي ما يدل على ان هذا الجواب فيما اذا كان الاجير يحسب ان الفناء للمستأجر حيث قال وان استأجر رجلا ليحفر له بئرا في الفناء فحفر فمات فيه انسان او دابة والفناء لغيره فان كان الاجير عالما به فالضمان على الاجير وان لم يعلم الاجير ان الفناء لغيره فالضمان على المستأجر لان الاجير لم يعلم بفساد الامر ولو كان امره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير لفساد الامر بخلاف الفناء لانه يباح له فيما بينه وبين الله تعالى احداث مثل ذلك في فنائه اذا كان لا يتضرر به غيره فاعتبر امره لكن لما كان الفناء غير مملوك له تقيد بشرط السلامة ولو كنس الطريق لا يضمن ما تلف بموضع كنسه لانه ليس بمتعد فانه ما احدث شيئا فيه انما قصد دفع الاذى عن الطريق ولو جمع الكناسة في الطريق ضمن ما تلف بها لتعديه بشغله ولا ضمان فيما تلف بشيء فعل في الملك يعني كما اذا امره الامام بان يفعل شيئا مما ذكر في طريق المسلمين لم يضمن ما تلف به وكذا لو فعل في ملكه وان لم يأذن له الامام لانعدام التعدي او فعل ذلك في فناء داره وان لم يكن الفناء ملكه لكن له فيه اي في هذا الفناء حق التصرف بان لم يكن الفناء للعامة ولا مشتركا وكون الفناء مشتركا بان يكون لاهل سكة غير نافذة فاذا كان فناء داره بهذه الحالة فيه حق التصرف باستجماع القيود لا يضمن ما تلف باحداث شيء فيه لعدم التعدي والا يضمن للتعدي والتسبب وان استأجر من حفر له في غير فنائه بان كان الفناء للغير او كان طريق العامة لكنه غير مشهور فالضمان على المستأجر ان لم يعلم الاجير انه غير فنائه لان الاجارة صحت ظاهرا اذا لم يعلموا ذلك فكفى لنقل الفعل الى الآمر لانه لو توقف على صحة الامر حقيقة تضرر الاجراء فامتنعوا عن العمل مخافة لزوم العهدة وبالناس حاجة الى ذلك فينقل فعلهم اليه ولا شيء على

الاجراء لانهم كانوا مغرورين بقضايا هذا الامر في صحته ظاهرا او كون المأمور مغرورا كالامر بذبح شاة ظهر فيها استحقاق الغير بعد ذبح المأمور الا ان هناك يضمن المأمور لكونه مباشرا او كون الآمر مسببا والترجيح للمباشر فيضمن ويرجع للغرور وههنا يجب على المستأجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب والاجير غير متعد والمستأجر متعد فترجح جانبه وان علم الاجير انه غير فنائه فعلى اي فضمان [illegible] المتلف بذلك على الاجير لعدم صحة الامر بما ليس بمملوك له فلا تنقل فعل الآمر الى المأمور اذ ليس مغرورا فيبقى الضمان عن الآمر فيبقى الفعل مضافا الى المأمور وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين الامر باشراع الجناح فان الاجراء هناك اذا لم يعلموا ضمنوا ورجعوا على الآمر وههنا لم يضمنوا اصلا والجواب ما اشرنا اليه في ذبح شاة غيره ان الذابح مباشر والآمر مسبب وقد تقدم ان اشراع الجناح كذبح الشاة اذا ظهر استحقاقها وان قال المستأجر هو اي هذا الموضع فنائي وليس لي فيه حق الحفر فحفر الاجير فمات فيه انسان فالضمان على الاجير قياسا لانه علم [illegible] بفساد الامر فلم يكن مغرورا وعلى المستأجر استحسانا لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لاطلاق يده في التصرف فيه من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل اليه ومن بنى قنطرة بغير اذن الامام فتعمد احد المرور عليها بان كان بصيرا ويجد موضعا آخر للمرور بخلاف ما اذا لم يتعمد بان كان اعمى او مر ليلا حيث يضمن اذا كان بناؤها بغير اذن الامام والا لم يضمن ذكره في الكافي فعطب فلا ضمان على الباني وكذلك لو وضع خشبة في الطريق فتعمد الرجل المرور عليها اما وضع الخشبة فلكونه تعديا ظاهرا واما بناء القنطرة فلان الباني فوت حقا على غيره فان التدبير في وضع القناطير على الانهار العظام من حيث تعيين المكان والضيق والسعة للامام فكان جنايته بهذا الاعتبار وتعديا كذا في الهداية والعناية

فصل في مسائل الحائط المائل ان مال حائط عما هو اصله من الاستقامة وغيرها فيشمل المنصدع والواهي الى طريق العامة او الخاصة فطولب به اي مالك جدار حقيقة او حكما كالواقف والقيم وصورته انه اذا مال حائط الوقف الى نحو المسجد او الدار فطلب عن احدهما فلم ينقضه حتى تلف به ضمن عاقلة الوقف كما في الخزانة وغيره كذا في القهستاني بنقضه او اصلاحه من مسلم او ذمي واشهد عليه اعلم ان الشرط هو التقدم دون الاشهاد حتى لو اعترف صاحبه انه طولب بنقضه وجب عليه الضمان وان لم يشهد عليه وانما ذكر الاشهاد ليتمكن عن اثباته عند انكاره فكان من باب الاحتياط وصورة الاشهاد ان يقول صاحب الحق لصاحب الحائط ان حائطك هذا مخوف او يقول مائل فانقضه او اهدمه حتى لا يسقط ولا يتلف شيئا ولو قال ينبغي ان تهدمه فانه لا يكون تقدما وطلبا للنقض لان هذا مشورة ولا يصح الاشهاد قبل ان يهي الحائط لانعدام التعدي كذا في العناية ولم ينقضه اي الحائط في مدة اي في زمان او له بعد الطلب وآخره قبل السقوط يمكن نقضه فيها اي يدوم قدرة ربه على نقضه في تلك المدة حتى لو ذهب ربه بعد الطلب يطلب من يهدمه وكان في ذلك حتى سقط الحائط لم يضمن لان مدة التمكن من احضار الاجراء مستثنى في الشرع كما في الذخيرة وغيره ولو جن بعد الاشهاد بطل الاشهاد لانه لم يبق له ولاية الاطلاع بعد الجنون فكذا اذا افاق ولا يعود الا باشهاد مستقل كما في العمادي فتلف به اي بسبب الحائط المائل وفي العمادي لو سقط على حائط الجار فهدمه ضمنه للجار الحائط وترك النقض عليه لو اخذ النقض وضمنه النقصان كذا في القهستاني نفس او مال ضمن على قلعة النفس التي تلفت به وهو اي رب الحائط فقط يضمن المال وهذا استحسان والقياس ان لا يضمن لانه لا صنع منه لا مباشرة فعل ولا مباشرة

شرط هو متعد فيه لان اصل البناء كان في ملكه والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فصار كما اذا كان قبل الاشهاد
وبه اخذ الشافعي وعلماؤنا استحسنوا ايجاب الضمان وهو مروي عن علي وشريح والنخعي والشعبي وغيرهم من التابعين
وجه الاستحسان ان الحائط لما مال الى الطريق فقد اشتغل هواء المسلمين بملكه ورفعه في يده كما اذا التقدم اليه وطولب
بتفريغه يجب عليه فاذا امتنع صار متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان في حجره يصير متعديا بالامتناع عن التسليم اذا
طولب به كذا هذا بخلاف ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولانا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع
عن التفريغ فتنقطع المارة حذرا على انفسهم فيتضررون ودفع الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحائط فيتعين
لدفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع الضرر العام كالرمي الى الكفار وان تترسوا بالمسلمين وقطع العضو
للاكلة عند خوف هلاك النفس ثم ما تلف به من النفوس تتحملها العاقلة لانه في كونه جناية دون الخطاء فيستحق فيه
التخفيف بالطريق الاولى كيلا يؤدي الى استيصاله والاجحاف قال محمد ان العاقلة لا تتحمل حتى يشهد الشهود على ثلثة
اشياء على التقدم اليه في النقض وعلى انه مات من سقوطه عليه وعلى ان الدار له لان كون الدار في يده ظاهر والظاهر لا يستحق به
حق على الغير وما تلف به من الاموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله لما مر ان العواقل لا تعقل المال ولذا
لو طولب به من يملك نقضه كاب الطفل ووصيه وذكر الامام في الزيادات والضمان في مال الصغير لان فعل هؤلاء كفعل
الطفل والتقدم اليهم كالتقدم الى الطفل بعد بلوغه والراهن فانه يملك النقض بفك الرهن لانه ملكه فيصح التقدم اليه لقدرته
على ذلك بواسطة الفكاك والعبد التاجر سواء كان عليه دين او لم يكن لان ولاية النقض له فان لم ينقض فتلف به آدمي
فالدية على عاقلة المولى وان كان غيره ففي رقبة العبد يباع فيه والعبد المكاتب لانه مالك على نقض حائطه فان لم ينقضه حتى
اتلف شيئا فان كان آدميا يسعى في الاقل من قيمته ومن قيمة الادمي وان كان غيره يسعى في قيمته بالغة ما بلغت اعتبارا بالجناية
الحقيقية كما في الكرماني كذا في القهستاني ويصح التقدم الى احد الورثة في نصيبه فلو هلك احد بسقوطه بعد ذلك ضمن ذلك الواحد
بقدر نصيبه فيه استحسانا وفي القياس لا يضمن احد منهم شيئا اما الذي تقدم اليه فلعدم تمكنه من النقض فلم يكن التقدم اليه
مفيدا واما غيره من الورثة فلعدم التقدم اليهم وجه الاستحسان ان صحة التقدم الى احدهم وان لم يتمكن من نقضه وحده لتمكنه
من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة الى القاضي والجواب عن وجه القياس ان الاشهاد على جماعتهم يتعذر عادة فلو لم يصح
الاشهاد على بعضهم في نصيبه ادى الى الضرر وهو مدفوع كذا في العناية ولا يضمن ان باعه بعد الاشهاد وسلمه الى المشتري
اولا ذكره في الكافي فسقط فتلف به شيء لان الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف اشراع الجناح
لانه كان جانيا بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ ولا ضمان على المشتري لانه لم يتقدم اليه فلو اشهد عليه المشتري بعد شرائه
فتلف فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعد ما طولب به كذا في الهداية ولو رد على البايع بقضاء او غيره او بخيار شرط
او رؤية للمشتري لم يضمن بعد الرد كما اذا كان الخيار فانه بعد نقض البيع ضامن كما في النظم كذا في القهستاني ولا يضمن
ان طولب به من لا يملكه اي النقض وان طولب عنه كالمرتهن والمستأجر والمودع والمستعير والغاصب لعدم قدرتهم
على التصرف وان بناه اي الحائط مائلا ابتداء ضمن ما تلف بسقوطه وان لم يطالب بنقضه لان البناء
تعدى ابتداء لشغل الهواء كما في اشراع الجناح ونحوه مما ذكر في اول الباب وان مال حائط رجل الى دار رجل
آخر فالطلب لربها اي رب الدار لان الحق له على الخصوص او ساكنها بالاجارة ونحوها لان له المطالبة بازالة
ما شغل الدار فكذا بازالة ما شغل هواها فيصح لمن له الحق تاجيله وابراؤه من الجناية فلا ضمان عليه فيما تلف
بالحائط ولا يصح التاجيل فيما اي في حائط مال الى الطريق ولو كان التاجيل من القاضي او من المشهد اي

من اشهد

من اشهد عليه لان الحق لجماعة الناس وليس اليهما ابطاله ولو اجل القاضي رب الحائط يوما او اكثر لم يصح فلو تلف
شيء بالسقوط ضمن ربه فان تصرف القاضي في حق العامة وان كان نافذا فيما ينفعهم لكن لا ينفذ فيما يضرهم كما في
الذخيرة بخلاف تاجيل احد من اهل الدار رب الحائط فانه صحيح فلم يضمن كما في المضمرات كذا في القهستاني ولو كان الحائط
المائل بين خمسة رجال فاشهد على احدهم بطلب نقضه فلم ينقضه في مدة الامكان حتى وقع على انسان فتلف ضمن
اي احدهم وهو من اشهد عليه خمس ما تلف به وهو على عاقلته هذا عند ابي حنيفة رح وعندهما ضمن نصفه وان حفر
احد ثلاثة شركاء في دار لهم بئرا بغير اذن شريكيه فوقع فيها انسان فمات او بنى احدهم فيها حائطا فوقع على انسان فمات
ضمن الحافر او الباني والمراد ههنا ايضا ضمان العاقلة ثلثي ما تلف به عنده وعندهما ضمن نصفه كما في المسئلة الاولى لهما
ان التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما مر في
عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل وله ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر في الحائط والعمق المقدر في البئر
لان الجزء اليسير ليس بمهلك حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلل واذا كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم تقسم على
اربابها بقدر الملك الا ترى انه لو اشهد عليهم جميعا ثم سقط على انسان كان على كل واحد منهم خمس الدية فيترك الاشهاد
في حق الباقين لا يزداد الواجب على من اشهد عليه وعلى هذا تخرج مسئلة البئر والبناء فيقال لما اجتمع في حقه معنيان احدهما
موجب للضمان وهو التعدي بالحفر والبناء في ملك غيره والآخر مانع عنه وهو عدم التعدي من حيث الحفر والبناء في ملكه
فيجعل المعتبر جنسا والمهدر جنسا آخر فيلزمه نصف الضمان وله ان صفة التعدي تحققت في الثلثين فيجب عليه
ضمان الثلثين بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة للتلف بنفسها صغرت او كبرت الا ان عند المزاحمة اضيف
الى الكل لعدم الاولوية وقد كان بعضها معتبرا في اضافة الضمان اليه وبعضها غير معتبر فجعل غير المعتبر شيئا واحدا
وان تعدد ذلك صار الضمان نصفين فاعتبر احدهما واهدر الآخر فافترقا **فروع** رجل له نخلة في ملكه وخرج سعفها
الى ارض جاره كان للجار ان يقطع ويفرغ هواء ملكه لان من ملك ارضا ملك ما تحته الى الثرى وما فوقه الى السماء فاذا
كان لا يمكنه تفريغ الهواء الا بالقطع فان كان يمكنه تفريغ الهواء بدون القطع بالمد الى النخلة واوثق عليها فانه لا
يقطع بل يامر صاحب النخلة بالتفريغ فان قطع هو كان ضامنا وتمامه في صلح قاضيخان **باب جناية البهيمة**
وعليها جناية الدابة لا تخلو عن احد ثلاثة اوجه لانها اما ان تكون في ملك صاحبها او في ملك غيره او في طريق المسلمين
فان كانت في ملك صاحبها ملكا كاملا او مشتركا كانت متساويا او متفاضلا فاما ان يكون صاحبها معها او لا يكون فان
كان الثاني لم يضمن صاحبها واقفة كانت الدابة او سائرة وطئت بيدها او برجلها او نفحت او كدمت
وان كان الاول ~~لم يضمن صاحبها في الوجوه كلها اتلفت نفسا~~ فاما ان يكون سائقا لها او قائدا او اما
ان يكون راكبا عليها فان كان الاول لم يضمن صاحبها في الوجوه كلها اتلفت نفسا او مالا لان صاحبها
في هذه الوجوه مسبب لاتصال فعله بالمتلف بواسطة فعل مختار وهو الدواب والمسبب انما يضمن اذا كان
متعديا ولا تعدي في ايقاف الدابة او سيرها في ملكه وان كان الثاني وهو تسييرها فان وطئت بيدها او
رجلها ضمن وان كدمت او نفحت بيدها او رجلها او ضربت بذنبها فلا ضمان لان في الوجه الاول صاحب
الدابة مباشر للاتلاف لان ثقله وثقل الدابة اتصلا بالمتلف وكانهما وطئاه جميعا والمباشر ضامن متعديا
كان او لم يكن وفي الثاني مسبب غير متعد وان كانت الجناية في ملك غير صاحبها فاما ان ادخلها صاحبها
فيها او لا فان كان الثاني فلا ضمان عليه على كل حال لانه ليس بمسبب ولا مباشر وان كان الاول فعليه الضمان

على كل حال سواء كان معها سائقها او قائدها او راكبها او لا واقفة او سائرة لان صاحبها اما مباشر او
مسبب متعد اذ ليس له ايقاف الدابة وتسييرها في ملك الغير بغير اذنه وان كانت في طريق المسلمين وقد
اوقفها صاحبها فعليه ضمان ما اتلف في الوجوه كلها لانه بالايقاف مسبب متعد اذ ليس له شغل طريق المسلمين
بايقاف الدابة فيه وان كانت سائرة فاما ان يكون صاحبها معها او لم يكن فان كان الثاني فاما ان ربطها
او انفلتت فان كان الاول ضمن ما اتلفت ما لم تتحول عن جهة الارسال يمنة ويسرة لان ارسالها بلا حافظ
سبب للاتلاف وهو فيه متعد وان كان الثاني فلا ضمان عليه في الوجوه كلها وان كان صاحبها معها ضمن
ما اتلفت راكبا كان او سائقا او قائدا الا النفحة بالرجل والذنب لانه مباشر او مسبب متعد كذا في العناية
يضمن الراكب السائر في الطريق ما وطئت دابته او اصابت بيدها او رجلها او راسها او كدمت اي عضت
بمقدم اسنانها او خبطت بالخاء المعجمة اي ضربت بيدها او صدمت اي ضربت بجسدها الاصل ان المرور
في الطريق مباح بشرط السلامة لانه تصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين الناس اما
انه يتصرف في حقه فلان الانسان لا بد له من طريق يمشي فيه لترتيب مهماته فالحجر عن ذلك حرج وهو مدفوع واما
انه يتصرف في حق غيره فلان غيره فيه كهو في الاحتياج فالنظر الى حقه يستدعي الاباحة مطلقا والنظر في حق
غيره يستدعي الحجر مطلقا فقلنا باباحة مقيدة بشرط السلامة عملا بالوجهين لا اي لا يضمن ما نفحت بالحاء المهملة
اي ضربت برجلها يقال نفحت الدابة اي ضربته بحد حافرها كذا ذكره في المغرب او ذنبها بفتحتين وذلك لان
الاحتراز عن الوطء وامثاله ممكن بخلاف النفحة بالرجل والذنب فانه يتعذر لراكبها الاحتراز عنهما سائرة
لان ذلك ليس بمرئي منه وقال الشافعي يضمن بالنفحة ايضا لان فعلها يضاف الى راكبها الا اذا اوقفها
في الطريق فنفحت لانه يمكنه التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا بالايقاف وشغل طريق
النفحة فيصير متعديا بالايقاف وشغل الطريق به فيضمنه ولا يضمنه ما عطب بروثها اي بالقاء روثها
او القاء بولها سائرة لان سير الدابة لا يخلو عن روث وبول فلا يمكن التحرز عنه او موقفة لاجله اي لاجل
القاء روثها او بولها لان بعض الدواب لا يفعل ذلك الا بعد الوقوف وان اوقفها لا لاجله ضمن ما عطب
لانه متعد في هذا الايقاف لانه ليس من ضرورات السير ثم الايقاف اكثر ضررا بالمارة من السير لما انه ادوم
منه فلا يلحق به قال في الاختيار وباب المسجد كالطريق في الايقاف فلو جعل الامام للمسلمين موضعا لوقوف
الدابة عند باب المسجد فلا ضمان فيما حدث من الوقوف فيه وكذلك وقوف الدابة في سوق الدواب لانه
ماذون له من جهة السلطان وكذلك الفلاة وطريق مكة في غير المحجة لانه لا يضر بالناس اما المحجة فهي كالطريق انتهى
ولو اتلفته في العدو ضمن ان قدر على منعه والا فلا كما في احكام السكارى من العمادي فان اصابت بيدها
او رجلها حصاة او نواة اي حبة التمر او اثارت غبارا او حجرا صغيرا يعني الذي لا يقبل ان يرمى به فهو اكبر
من الحصاة واصغر من الحجر الذي لا يحمل ولا يرمى الا بشق الانفس ذكره في ذخيرة العقبى ففقاء اي شق عينا
او افسد ثوبا لا يضمن لانه لا يمكن الاحتراز عن ذلك اذ سير الدواب لا يعرى عنه وان حجرا كبيرا ضمن
لامكان الاحتراز عنه لانه ينفك عن السير عادة وانما ذلك بتعنيف الراكب والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب
لان المعنى الموجب للجناية وهو المباشرة والتصرف في الدابة بالتسيير على ما اراد لا يختلف لانها في ايديهما
وتحت تصرفهما ويضمن القائد ما يضمنه الراكب وكذا السائق لان القائد والسائق مسببان كالراكب

فى غير

في غير الايطاء فيجب فيهما الضمان بالتعدي فلا يضمن بالنفحة كالراكب في الاصح وعليه اكثر المشايخ وهو الصحيح ذكره
في الكفاية وقيل يضمن السائق النفحة ايضا ذكره القدوري ومال اليه العراقيون لان النفحة بمرأى عين السائق
فيمكنه الاحتراز عنه مع السير وغائب عن بصر القائد والراكب فلا يمكنهما الاحتراز عنها وجه الاصح ان النفحة وان
كانت بمرأى السائق لكن ليس فيها ما يمنعها به عن النفحة فلا يمكنه التحرز عنها بخلاف الكدم لانه يمكنه كبحها باللجام
ولا كفارة عليهما اي على القائد والسائق ولا حرمان ارث او وصية لانهما مسببان لانه لا يتصل منهما الى المحل شيء
وكذا الراكب في غير الايطاء والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبيب وكذا الحرمان منهما بخلاف الراكب في ايطاء دابته برجلها
او يدها لان الراكب فيه مباشر لان التلف بثقله وثقل الدابة تبع له لان سير الدابة مضاف اليه وهي آلة له وان اجتمع
الراكب والقائد او اجتمع الراكب والسائق فالضمان عليهما اي على الراكب والقائد في الصورة الاولى وعلى الراكب
والسائق في الثانية وقيل على الراكب وحده فيهما لان الراكب مباشر لما مر انفا وجه الاول ان كل واحد منهما بانفراده
عامل في الاتلاف فان القود او السوق لو انفرد عن الركوب اوجب ضمان ما اتلف بالوطء وكذلك الركوب فلم يخرجا عن
عمل القود والسوق في الاتلاف الى الركوب وحده بل كان التلف مضافا اليهما نصفين والمسبب انما لا يضمن مع
المباشر اذا كان سببا لا يعمل في التلف عند انفراده كالحفر فانه لا يوجب التلف منفردا عن الدفع الذي هو مباشرة كذا في
العناية وان اصطدم اي تضارب بالجسد فارسان او ماشيان فماتا ضمن عاقلة كل واحد منهما لورثة الآخر
دية الآخر استحسانا وفي القياس يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر وهو قول زفر والشافعي وبه ورد
ذلك عن علي رض لان كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه فيهدر نصفه كما اذا كان الاصطدام عمدا او جرح كل واحد
منهما نفسه وصاحبه جراحة او حفر على قارعة الطريق بئرا فانهار عليهما يجب على كل منهما النصف فكذا هنا وجه الاستحسان
ان قتل كل واحد منهما مضاف الى فعل الآخر لا الى فعلهما لان القتل يضاف الى سبب محظور وفعل كل واحد وهو المشي
في الطريق مباح في حق نفسه فلا يصلح مستندا للاضافة في حق الضمان محظور في حق صاحبه اذ هو مقيد بشرط السلامة
فيضاف قتله كله الى فعل الآخر لكونه محظورا في حقه وصار كالماشي مع الحافر فان التلف حصل بفعلهما وهو الحفر والمشي
ومع هذا فالتلف انما يضاف الى فعل الحافر لانه محظور لا الى فعل الماشي لانه مباح وروي عن علي رض انه اوجب على كل
واحد منهما كمال الدية فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا وفيما ذكر من المسائل الفعلان محظوران فافترقا هذا الذي
ذكرنا اذا كانا حرين ولو كانا عبدين يهدر الدم في الخطاء لان الجناية تعلقت برقبته دفعا او فداء وقد فاتت لا الى
خلف من غير فعل المولى وكذا في العمد لان كل واحد منهما هلك بعدما جنى ولم يخلف بدلا ولو كان احدهما حرا والآخر
عبدا ففي الخطاء يجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فيأخذها ورثة المقتول الحر ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على
القيمة لان على اصل ابي حنيفة رح ومحمد رح تجب القيمة على العاقلة لانه ضمان الآدمي فقد اخلف بدلا بهذا القدر فيأخذه
ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف وفي العمدين يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان المضمون هو
النصف في العمد وهذا القدر يأخذه ولي المقتول وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر سقط بموته الا قدر ما
اخلف من البدل وهو نصف القيمة كذا في الهداية وفي نوادر ابن رستم رجل سار على دابة فجاء راكب من خلفه
فصدمه فعطب المؤخر لا ضمان على المقدم وان عطب المقدم فالضمان على المؤخر وكذا في سفينتين وان
تجاذبا حبلا فانقطع الحبل فماتا فان وقعا على ظهريهما فهما هدر لان موت كل واحد منهما مضاف الى فعله
وقوة نفسه لا قوة صاحبه وان وقعا على وجههما فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر لانه سقط بقوة

صاحبه وجذبه وان انفلتا بان [illegible] وقع احدهما على وجهه والآخر على ظهره فدية من وقع على وجهه على عاقلة من وقع
على ظهره لانه مات بقوة صاحبه وهدر دم الذي وقع على ظهره لانه مات بقوة نفسه وان قطع آخر الحبل فماتا فديتهما على
عاقلته لانه مضاف الى فعله وهو القطع فكان سببا كذا في الاختيار وان ساق دابة فوقع سرجها او غيره من ادواتها
كاللجام ونحوه على انسان فمات ضمن وكذا ما يحمل عليها لانه متعد في هذا التسبب لان الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد او
الاحكام فيه بخلاف الرداء لانه لا يشد عادة وكذا قائد قطار لقطار الابل يقطر على نسق واحد والجمع قطر وطئ بعير منه انسانا
فمات ضمن ولكن ضمان النفس على عاقلته اي عاقلة القائد لان عليه حفظ القطار كالسائق وقد امكنه ذلك فصار متعديا
بالتقصير فيه والتسبب بوصف التعدي سبب للضمان الا ان ضمان النفس على العاقلة وضمان المال في ماله
اي في مال القائد وان كان مع القائد سائق فالضمان عليهما اي على عاقلة القائد والسائق لان قائد الواحد
قائد للكل وكذا سائقه لاتصال الازمة فاستويا في التسبب هذا اذا كان السائق في جانب من الابل
اما اذا توسطها واخذ بزمام واحد يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما تلف بما بين يديه لان القائد لا يقود
ما خلف السائق لانفصام الزمام والسائق يسوق ما يكون قدامه ولو كان رجل راكبا على بعير في وسط القطار
لم يضمن ما اصابت الابل التي بين يديه لانه ليس بسائق لها ولا ما اصابت الابل التي خلفها لانه ليس بقائد لها
الا اذا كان اخذ بزمام ما خلفه اما البعير الذي هو راكبه فيجب عليه وعلى القائد ما اصابه بغير الايطاء واما ما
اصابه بالايطاء فهو عليه وحده لانه جعل فيه مباشرا كذا في الزيلعي فان ربط رجل بعيرا على قطار بغير علم
قائده فعطب به انسان ضمن عاقلة القائد الدية لانه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره فاذا ترك الصيانة صار
متعديا والدية في التسبب على العاقلة كما في قتل الخطاء ولكن رجعوا اي العاقلة بها اي بالدية التي ضمنوا على عاقلة
الرابط لانه هو الذي اوقعهم في هذه العهدة وانما لم يجب الضمان عليهما في الابتداء وكل واحد منهما سبب لان الربط
من القياد بمنزلة التسبب من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط قالوا هذا الرجوع اذا ربط والقطار
تسير لانه آمر بالقود دلالة واذا لم يعلم به لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان عليه واما اذا ربط والابل قيام
ثم قادها فانه يضمنها القائد بلا رجوع لانه قاد بعير غيره بغير اذنه لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه عليه كذا في الهداية
ومن ارسل في الطريق بهيمة او كلبا وساقه بان يمشي خلفه معه وان لم يمش خلفه فما دام في فوره فهو سائق
له في الحكم فيلحق بالسوق وان تراخى انقطع السوق ذكره الزيلعي ضمن ما اصاب في فوره اي في فور الارسال
بلا سكون وميل الى جانب آخر يمنة او يسرة لانه الحامل عليه فاضيف فعله اليه كالمكره يضاف فعله الى المكره فيما يصلح
آلة له وفي الطير لا يضمن وان اتصل الوصل سائقه وكذا لا يضمن في الدابة من الفرس والثور والغنم ونحوها والكلب
ان لم يسق لعدم سبب الضمان وذلك لان الكلب يحتمل السوق كسائر الدواب فاضيف اليه اما البازي
فلا يحتمل السوق لان سائق الطائر لا يكون الا الطائر الا انه اضيف الى المرسل في حق حل الصيد ضرورة
اباحة الاصطياد بالبازي والكلب ولا ضرورة في حق الضمان وعن ابي يوسف انه اوجب الضمان في هذا
كله احتياطا لاموال الناس والمشايخ اخذوا بقوله كذا في ايضاح ابن كمال والكرماني والفقيه ابو الليث كان
يفتي بقول ابي يوسف وهذا اختيار ابي حازم قال الصدر الشهيد في الجامع الصغير وفي الزيادات اشارة
الى ذلك وعليه الفتوى كذا في الخلاصة قال قاضيخان رجل ارسل كلبا الى شاة ان وقف ثم ذهب وقتل الشاة
لم يضمن وان ذهب فور الارسال وقتل الشاة ذكر في الجامع الصغير انه لا يضمن المرسل ان لم يكن سائقا

يعني اذا لم

يعني اذا لم يكن خلفه وهكذا ذكر القدوري وعن ابي يوسف انه يكون ضامنا والمشايخ اخذوا بقوله وذكر الفقيه ابو الليث
في شرح الجامع رجل ارسل كلبا فاصاب في فوره انسانا فقتله او مزق ثيابه ضمن المرسل لانه ما دام في فوره فكانه خلفه
وذكر الناطفي رجل اغرى كلبه على رجل فعقره او مزق ثيابه لا يكون ضامنا في قول ابي حنيفة ويضمن في قول ابي يوسف
والمختار للفتوى قول ابي يوسف ولو ارسل كلبه الى صيد ولم يكن سائقا فاصاب انسانا لا يضمن في الروايات
الظاهرة والاعتبار على الروايات الظاهرة انتهى كلام قاضيخان ولو ارسل بهيمة فافسدت زرعا على فوره ضمن
المرسل وان مالت يمينا و[illegible] شمالا وله طريق آخر لا يضمن لما عرفت انه ينقطع حكم الارسال ولو انفلتت
الدابة اي تخلصت من يد صاحبها بنفسها اي بغير ارسال صاحبها ليلا او نهارا فاصابت مالا او نفسا لا
ضمان على صاحبها لقوله عليه السلام فعل العجماء جبار وقال محمد العجماء المنفلتة اي العجماء التي اهدر النبي عليه السلام
فعلها هي المنفلتة لا التي ارسلت فان افسدها اذا كان في فور الارسال ليس بجبار ولان الفعل غير
مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال والسوق والقود والركوب كذا في الهداية وشروحها
وقال الشافعي يجب ضمان المتلف بالليل على صاحب الدابة اذ المعتاد في ضبط الدواب ليلا وعند ابي حنيفة
واصحابه لا ضمان فيما افسدته الدواب ليلا او نهارا لما روينا ان فعل العجماء جبار الا ان معها سائق
او قائد كذا في الكشاف والقاضي في العيون غنم دخلت بستانا فافسدته وصاحبها معها
يسوقها ضمن ما افسدت واذا لم يسقها لا ضمان عليه وكذا الثور والحمار وفي العدة ومن وجد في زرعه
او كرمه دابة وقد افسدت الزرع فحبسها فهلكت ضمن ولو اخرجها المختار انه ان اخرجها وساقها فهلكت
يضمن وان اخرجها ولم يسقها لا يضمن وكذا لو اخرج دابة الغير عن زرع الغير وفي التجنيس ولو ساقها الى مكان
يأمن منها على زرعه لا يضمن لانه كان له اخراجها عن زرعه قاله ابو نصر وقال كثير من مشايخنا انه يضمن وعليه الفتوى
كذا في الفصول العمادية وقال قاضيخان والصحيح ما قاله الامام القاضي علي السغدي ان له ان يخرجها عن ملكه ولا
يسوق وزاد ذلك وان ساقها بعدما اخرجها عن ملكه يصير غاصبا ضامنا وان ساقها ليردها على صاحبها فعطبت
في الطريق او انكسر رجلها كان ضامنا انتهى له كلب يأكل عنب الكروم فاشهد عليه فيه فلم يحفظه حتى اكل العنب
لم يضمن وانما يضمن اذا اشهد عليه فيما يخاف تلف بني آدم كالحائط المائل ونطح الثور وعقر الكلب العقور
فيضمن اذا لم يحفظ كذا في الدرر والقهستاني ومن ضرب دابة عليها راكب او نخسها اي طعنها بعود ونحوه
بغير اذن الراكب اما اذا نخسها باذنه فلا ضمان لانه امره بما يملكه اذ النخس في معنى السوق فانتقل الى الراكب
فلا يضمن بالنفحة كما اذا نخس الراكب فنفحت اي فضربته برجلها او ضربت بيدها احدا او نفرت من ضربه
او نخسه فصدمته فمات ضمن هو اي الضارب او الناخس لا الراكب لانه هو المروي عن عمر وابن مسعود
ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس فاضيف فعل الدابة اليه كانه فعل بيده ان فعل ذلك
الضرب او النخس في حال السير يعني يضمن الضارب او الناخس ان فعل ذلك في حال السير في الطريق وحال
الوقوف في ملكه بخلاف الوقوف في غير ملكه كما اشار اليه بقوله ومن اوقفها لا في ملكه فعليهما اي فالضمان على
الراكب والناخس نصفين لانه متعد في الايقاف ايضا هذا اذا نفحت غير الناخس وان نفحت الناخس
فدمه هدر لانه بمنزلة الجاني على نفسه وان القت الدابة بسبب النخس الراكب فتلف به فضمانه اي ديته
على عاقلة الناخس لانه متعد في تسببه ولو وثبت بنخسه على رجل فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب

لما بينا ان الراكب والمركب مدفوعان وان فعل الناخس ذلك النخس باذن الراكب فهو اى هذا الفعل كفعل
الراكب لانه امره بما يملكه اذ النخس فى معنى السوق فصح امره به فانتقل الى الراكب فلا يضمن بالنفحة كما اذا نخس
الراكب فنفحت لكن ان وطئت احدا اى فورا بعد النخس بالاذن اى باذن الراكب فمات الموطوء فالدية عليهما
لان سيرها فى تلك الحالة مضاف اليهما والاذن يتناول فعله من حيث السوق ولم يتناوله من حيث انه اتلاف
لوجود انفصال السوق عن الاتلاف فليس عينه ولا من ضروراته فمن هذا الوجه يقتصر على الناخس
لان الراكب اذن له بالسوق لا بالايطاء والاتلاف فى الركوب وان كان علة للوطئ ولهذا تجب على الراكب
الكفارة دون الناخس لانه شرط لكن النخس ليس بشرط لهذه العلة لتأخره عن الركوب بل هو شرط او علة
للسير والسير علة للوطئ فكان الوطئ ثابتا بعلتين فيجب الضمان عليهما فصار كمن جرح انسانا فوقع فى بئر
حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما لما ان الموت على اخرى دون علة الجرح كذا هذا ولا يرجع
الناخس بما ضمن فى الايطاء على الراكب فى الاصح وقيل يرجع لانه فعل بامره وجه الاصح انه لم يأمره بالايطاء
والنخس ينفصل عنه وصار كما لو امر صبيا يستمسك قيد بذلك لانه اذا لم يستمسك فلا ضمان على
احد اما على الصبى فلان فعله بمنزلة الحمل على الدابة فلا يضاف السير اليه واما على الرجل فلانه لم يسير ها واذا لم يضف
سيرها الى احد كانت منفلتة وفعلها جبار على دابة بتسييرها فوطئت انسانا فمات حتى يضمن عاقلة الصبى
لا ترجع عاقلة الصبى بما غرموا من الدية على الآمر لانه امر بالتسيير والايطاء ينفصل عنه وكذا لو ناول الصبى
سلاحا فقتل به احدا حتى يضمن لا يرجع على الآمر ثم الناخس انما يضمن اذا كان الايطاء فى فور النخس حتى يكون السوق
مضافا اليه واذا لم يكن فى فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع اثر النخس فبقى السوق مضافا الى الراكب على الكمال
وكذا الحكم فى نخسها ومعها قائد او سائق لان الفعل مضاف الى الناخس وان نخسها شئ منصوب فى الطريق
فنفحت انسانا فقتلته فالضمان على من نصبه اى على من نصب ذلك الشئ لانه متعد بشغل الطريق فاضيف اليه كانه
نخسها بفعله ولا فرق بين كون الناخس صبيا او بالغا وان كان عبدا نخس بغير اذن الراكب فالضمان فى رقبته
يدفع بها او يفدى وان كان صبيا ففى ماله لانهما يؤاخذان بافعالهما كذا فى الهداية والعناية قال العلامة السكاكى
والمولى يرجع على الآمر بالاقل من قيمة العبد ونصف الدية لانه صار غاصبا للعبد باستعماله اياه فى نخس الدابة واذا
لحقه ضمان بذلك السبب كان للمولى ان يرجع على المستعمل له انتهى كذا فى حاشية سعدى چلبى للاكمل وجميع مسائل هذا
الفصل فى الذى قبله ان كان الهالك آدميا فالدية على العاقلة لانها تتحمل الدية فى الخطاء تخفيفا على القاتل مخافة استيصال
ماله وهذا دون الخطاء فى الجناية فكان اولى بالتخفيف كذا وان كان الهالك غيره اى غير الآدمى كالدواب والعروض فالضمان
فى مال الجانى لان العاقلة لا تتحمل الاموال وقدم مرارا ومن فقأ عين شاة قصاب ضمن نقصانها لان المقصود
من الشاة اللحم فلا يعتبر فيها الا النقصان بحسبه فتقوم صحيحة العين ومفقوءة العين فيضمن الفضل ويدخل فيه الحمامة
والدجاجة وغيرهما من الطيور وكذا الكلب والسنور كما فى الذخيرة وانما اضاف الشاة الى القصاب اقتداء بمحمد فى الجامع
والحكم لم يختلف بالاضافة فيستوى فيه بقرة القصاب وشاة غيره كما فى النهاية كذا فى القهستانى وفى فقء عين الفرس
او البغل او الحمار او بعير الجزار اى ما اعد من البعير للنحر وبقرة اى بقر الجزار اى ما اعد من البقر للذبح وفائدة الاضافة ان الابل
والبقر وان اعدا للحم كانت لا يختلف الجواب فيهما بل سواء كانا معدين للحم او للحرث والحمل والركوب ففيهما الربع
من القيمة كما فى الدرر لا يؤكل لحمه كالبغل والحمار ربع القيمة وقال الشافعى فيها النقصان اعتبارا بالشاة ولنا ما روى

الفصل صح
فى الاختيار صح

ابن زيد

ابن زيد بن ثابت عن ابيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اوجب فى عين الدابة بربع القيمة وروى عن عمر رضه
انه قضى بذلك فترك القياس ولانه انما يمكن اقامة العمل بها باربعة اعين عينيها وعينى المستعمل فكانها ذات اعين
اربعة فيجب الربع بفوات احدها ماذكره فى الهداية لكن الاعتماد على الاول الا يرى ان العينين لا تضمنان بنصف القيمة
كذا قال فخر الاسلام وانما قال لان المعمول به فى هذا الباب النص وهو ورد فى عين واحدة فيقتصر عليه كذا فى العناية
وانما خص بالعين لان فى قطع لسان الثور والحمار ضمان النقصان على ما نقل عن شرف الائمة وعنه جميع القيمة كما فى المنية
وفى اذن الدابة وذنبها ضمان النقصان وفى اليد والرجل فيها القيمة وعليه الفتوى كما فى الذخيرة كذا فى القهستانى
قال فى الخلاصة ولو قطع احدى قوائم الدابة فانه يضمن جميع قيمتها ذكره الامام السرخسى فى غصب الاصل وفى غصب الفتاوى
ان لم يكن ماكول اللحم هكذا اما اذا كان ماكول اللحم له الخيار واذا كان له قيمة بعد قطع اليد ان شاء سلمه وضمنه القيمة
وان شاء امسكه وضمن الجانى ما نقصه وفى العيون قال ابو حنيفة رح اذا استهلك رجل حمار الغير او بغله بقطع يده او
بذبحه ان شاء صاحبه ضمنه وسلمه اليه وان شاء حبس ولا يضمنه شيئا وعليه الفتوى وفى الحمار اذا لم يذبحه لكن قطع على
قول ابى حنيفة لا اشكل وعلى قول محمد ليس له ان يضمن النقصان بخلاف الذبح لجلده والفرس غير ماكول اللحم ولو ضرب
رجله حتى صار اعرج فهو كالقطع انتهى كلام الخلاصة باب جناية الرقيق والجناية عليه لما فرغ من بيان احكام جناية
المالك وهو الحر والجناية عليه شرع فى بيان احكام جناية المملوك وهو العبد واخره لانحطاط رتبته عن رتبة الحر
لا يقال العبد لا يكون ادنى منزلة من البهيمة فكيف اخر باب جنايته عن باب جنايتها لان جناية البهيمة كانت باعتبار
الراكب او السائق او القائد وهم ملاك جنايات المملوك وان تعددت لا توجب على المولى الا دفعا واحدا او
دفع رقبته لولى الجناية مرة واحدة لو كان المملوك الجانى محلا للدفع بان كان قنا وهو الذى لم ينعقد له شئ
من اسباب الحرية كالتدبير والكتابة وامومية الولد كما سيأتى بيانه ان شاء الله تعالى والا اى وان لم يكن
محلا للدفع بان انعقد له شئ مما ذكرنا فتوجب قيمة واحدة فقوله لو غير محل الخ مستدرك كما لا يخفى فلو جنى عبد او امة
على حر او مملوك فى النفس او الطرف خطاء ولو حكما كما اذا جنى صبى عمدا او عبد عمدا فى الطرف فان جنايته كليهما
خطاء حكما كما فى الكافى كذا فى القهستانى وقال فى العناية التقييد بالخطاء ههنا يفيد فى الجناية فى النفس لانه اذا كان
عمدا يجب القصاص واما فيما دون النفس فلا يفيد لان خطاء العمد وعمده فيما دون النفس سواء فانه يوجب المال
فى الحالين اذ القصاص لا يجرى بين العبيد والعبيد ولا بين العبيد والاحرار فيما دون النفس انتهى فان شاء مولاه
دفعه الى ولى الجناية بها اى بسبب الجناية ويملكه وليها وان شاء المولى فداه بارشها وامسك عبده يقال للمولاه
بعد الاستيفاء اما ان تدفعه بها او تفديه وذلك لانه لا يقضى على المولى بشئ فى ذلك حتى يبرأ المجنى عليه اعتبارا
لجناية العبد بجناية الحر وقد بينا انه سيأتى فى جناية الحر لان موجبها يختلف بالسراية وعدمها فالقضاء قبل الاستيفاء
قضاء بالمجهول وهو لا يجوز حالا اعلم ان كل واحد من الدفع والفداء يلزمه حالا اما الدفع فلان الواجب عند اختيار
المولى الدفع عين العبد والتأجيل فى الاعيان باطل لان التأجيل شرع للتحصيل ترفها وتحصيل الحاصل باطل
واما الفداء فلانه لما جعل بدلا عن العبد فى الشرع قام مقامه ولهذا استمى فداء فيأخذ حكم العين وايهما اختاره
المولى وفعله لا شئ لولى الجناية على المولى اما الدفع فلان حقه متعلق به فاذا خلى بينه وبين الرقبة سقط
حق المطالبة واما الفداء فلانه لا حق له الا الارش فاذا اوفاه حقه سلم العبد للمولى وقال الشافعى جنايته
فى رقبته يباع فيها الا ان يقضى المولى الارش وفائدة الخلاف فى اتباع الجانى بعد العتق فعنده الوجوب

على العبد فيتبعه المجني عليه بعد العتق وعندنا الوجوب على المولى دون العبد فلا يتبعه بعد العتق لانه بالعتق صار
مختارا للفداء والمسئلة مختلفة بين الصحابة فعن ابن عباس مثل مذهبنا وكذا عن علي ومعاذ بن جبل وروي عن
عمر رضي الله عنه مثل مذهبه له ان الاصل في موجب الجناية ان يجب على المتلف لانه هو الجاني الا ان العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة
للعبد لان العقل عندنا بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فيجب في ذمته كما في الدين فان الدين في ذمته يكون شاغلا
لماليته رقبته يباع فيه الا ان يقضي المولى دينه كذلك ضمان الجناية على المال ولنا ان الاصل في الجناية على الآدمي حالة
الخطاء ان تتباعد عن الجاني تحرزا عن استيصاله والاجحاف به اذ هو معذور حيث لم يتعمد الجناية ويجب على عاقلة الجاني
اذا كان له عاقلة والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به والاصل في العاقلة عندنا النصرة حتى يجب على اهل الديوان
بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة فيجب في ذمته صيانة للدم عن الاهدار وبخلاف الجناية على المال
فانه يجب على ذمة المتلف لان العواقل لا تعقل المال ثم المولى مخير بين الدفع والفداء لان الخطاء يوجب التخفيف ولما
كان في سائر العواقل كثرة ظهر فيها بالتوزيع والقسمة على وجه لا يورث الاجحاف واما ههنا فالمولى واحد فظهرنا
فيه باثبات الخيار غير ان الواجب الاصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب
وان كان له حق النقل الى الفداء كما في مال الزكوة بخلاف موت الحر الجاني لان الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار
كالعبد في صدقة الفطر في انها تجب عن العبد على المولى ولا تسقط بموت العبد فان مات العبد الجاني قبل ان
يختار المولى شيئا من الدفع والفداء بطل حق المجني عليه لما عرفت من فوات المحل وان مات بعد ما اختار الفداء
لا يبطل حق المجني عليه لتحول الحق عن رقبة العبد الى ذمة المولى فان فداه فجنى فالحكم كذلك لانه لما طهر عن الجناية
بالفداء جعل كانه لم يكن وهذا ابتداء جناية فيجب بالثانية الدفع او الفداء وان جنى جنايتين دفعه بهما الى
وليهما فيقتسمانه بنسبة حقوقهما اي على قدر ارش جنايتهما لان المستحق لكل منهما تحققه عوضا عما فات عنه فلا بد من
ان يقسم على قدر العوض او فداه بارشهما وذلك لان تعلق الجناية الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون
المتلاحقة الا ترى ان ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية فحق المجني عليه الاول اولى ان لا يمنع وان كانوا جماعة
يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم وان فداه فداه بجميع ارشهم لما ذكرنا ولو قتل واحدا وفقأ عين
آخر يقتسمانه اثلاثا لان ارش العين على النصف من ارش النفس وعلى هذا حكم الشجات فلو شج موضحة
وآخر هاشمة وآخر منقلة ثم اختار المولى الدفع يدفع الى صاحب الموضحة سدس العبد لان له خمسمائة والى صاحب
الهاشمة ثلثه لان له الفا والى صاحب المنقلة نصفه لان له الفا وخمسمائة فيقتسمون الرقبة هكذا وللمولى ان
يفدي من بعضهم ويدفع الى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد لان الحقوق مختلفة باختلاف اسبابها وهي
الجنايات المختلفة فجاز ان يختار في احدهم خلاف ما اختاره في حق الآخر كما لو انفرد كل واحد منهم بخلاف مقتول
العبد اذا كان له وليان لم يكن للمولى ان يفدي من احدهما ويدفع الى الآخر لان الحق متحد لاتحاد سببه
وهي الجناية المتحدة والحق يجب للمقتول ثم للورثة خلافة عنه فلا يملك التفريق في موجبه فان باعه بيعا صحيحا
او وهبه او اعتقه او دبره او استولدها غير عالم بها ضمن الاقل من قيمته ومن الارش لانه فوت حقه
فيضمنه وحقه في اقلهما ولا يصير مختارا للفداء لانه لا اختيار بدون العلم وان فعل المولى احد ما ذكر
بعد جناية عبده عالما بها ضمن الارش لانه صار مختارا للفداء لان كل واحد مما ذكر يمنع من الدفع فالاقدام
عليها اختيار منه للفداء بخلاف الاقرار على رواية الاصل وانه اذا جنى العبد جناية فقال وليها هو عبد زيد وفعه

اوافده

اوافده فقال هو لفلان الغائب وديعة عندي او عارية او اجارة او رهن لا يصير مختارا للفداء لانه لا يسقط
به حق ولي الجناية ولم يندفع الخصومة حتى يقيم على ذلك بينة اقامها اخر الامر الى قدوم الغائب فاذا لم يقمها
خوطب المقر اما بالدفع او الفداء ولا يصير مختارا للدية مع تمكنه من الدفع فليس فيه نقل الملك لجواز ان الامر كما قاله
المقر والحقه الكرخي بالبيع واخواته في صيرورته مختارا قال في الايضاح وهو رواية خارجة عن الاصول واطلاق
البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري لانه يزيل الملك بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ونقضه وبخلاف
العرض على البيع حيث لا يصير مختارا بهما لان الملك ما زال ولو باعه بيعا فاسدا لم يصير مختارا حتى يسلمه
لان الزوال به بخلاف الكتابة الفاسدة بان كاتب المسلم عبده الجاني على خمر او خنزير فانه يصير مختارا للفداء
لان موجبه يثبت بنفس العقد قبل قبض البدل ولو باعه من مولاه من المجني عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه
منه لان المستحق اخذه بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع واعتاق المجني عليه بامر المولى بمنزلة
اعتاق المولى لان فعل المأمور مضاف اليه ولو ضربه فنقصه بان اثر فيه حتى صار مهزولا او قلت قيمته
ببقاء اثر الضرب فهو مختار اذا كان عالما بالجناية لانه حبس جزءا منه وكذا اذا كان بكرا فوطئها وان لم يكن
معلقا لما قلنا انه حبس جزءا منه بخلاف التزويج حيث لا يصير مختارا للفداء لانه لا يعجزه عن الدفع كما لا يعجزه
عن البيع بخلاف وطي الثيب على ظاهر الرواية لانه لا ينقص من غير اعلاق وعن ابي يوسف ان مطلق الوطي
يكون اختيارا وبخلاف الاستخدام حتى لو عطب في الخدمة لا ضمان عليه لان الاستخدام لا يختص بالملك
فلم يدل على الاختيار ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن في الاظهر لان الاجارة
تنقض بالاعذار فيكون قيام حق ولي الجناية فيه عذرا في نقض الاجارة والراهن يتمكن من قضاء
الدين واسترداد الرهن متى شاء فلم يتحقق عجزه عن الدفع بهذين الفعلين وفي بعض نسخ الاصل
انه يكون مختارا فيهما ولا يكون مختارا بالاذن في التجارة وان ركبه الدين لانه لا يعجزه عن الدفع ولا
ينقص الرقبة الا ان لولي الجناية ان يمتنع عن قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى ووجوب الدين في ذمته نقصان
له لان الغرماء يتبعون ولي الجناية اذا دفع اليه فله ان يمتنع من قبوله كما لو علق عتقه بقتل زيد او رميه او شجه ففعل
يعني لو علق المولى عتق عبده بجناية توجب الدية مثل ان يقول له ان قتلت زيدا او رميته او شججته فانت حر
فهو مختار للفداء ان فعل ذلك خلافا لزفر لان اختيار الفداء انما يكون بعد الجناية والعلم بها وعند التكلم ليس شيء منهما
بموجود وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا الا ترى انه لو علق الطلاق او العتاق بالشرط ثم حلف لا يطلق ولا
يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق او الطلاق لا يحنث في يمينه تلك كذا هذا ولنا انه علق الاعتاق بالجناية والمعلق
بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فصار كما اذا اعتقه بعد الجناية الا ترى ان من قال لامرأته ان دخلت الدار
فوالله لا اقربك يصير ابتداء الايلاء من وقت الدخول وكذا اذا قال لها ان مرضت فانت طالق ثلاثا فمرض حتى طلقت
ومات من ذلك المرض يصير فارا لانه يصير مطلقا بعد وجود المرض بخلاف ما اورد لان غرضه طلاق او عتق يمكنه الامتناع
عنه اذ اليمين للمنع فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه وانما قلنا بجناية لانه لو علقه بغيرها مثل ان يقول لعبده ان دخلت
الدار فانت حر ثم جنى ثم دخل الدار فان المولى لا يصير مختارا للفداء بالاتفاق لعدم العلم بالجناية عند التعليق بخلاف ما
علق بالجناية فانه علق بها اقوى الدواعي اليه والظاهر وجودها فكان عالما بها ظاهرا وانما قلنا بجناية توجب الدية
لانها لو كانت توجب القصاص لم يكن على المولى شيء وانما هو على العبد وذلك لا يختلف بالرق والحرية فلم يفوت المولى

على ولي الجناية بتعليقه شيئا كذا في العناية وان قطع عبد يد حر عمدا فدفعه اليه بقضاء او بغير قضاء فاعتقه المدفوع اليه
فسرى القطع ومات من السراية فالعبد صلح بالجناية لان اقدامه على الاعتاق يدل على ان قصده تصحيح الصلح لان
الظاهر ان من اقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة لهذا الصلح الا ان يجعل صلحا عن الجناية وما يحدث منها ولهذا لو
نص على ان يكون العبد صلحا عن الجناية وما يحدث منها ورضي المولى به صح وقد دل الدليل على الرضاء في هذه لانه لما رضي
بكون العبد عوضا عن القليل يكون ارضى بكونه عوضا عن الكثير وان لم يكن اعتقه يرد على سيده فيقاد او يعفى لانه لما
سرى تبين ان الدفع كان باطلا لانه كان عن المال لعدم جريان القصاص بين اطراف الاحرار والعبيد واذا سرى تبين
٧ الحكم ان المال لم يكن واجبا وانما الواجب هو القصاص فكان الصلح باطلا فيرد ويقال للاولياء اقتلوه او اعفوه وكذا لو كان
القاطع حرا فصالح المقطوع على عبد ودفعه اليه فان اعتقه ثم سرى فهو صلح بها وان لم يعتقه فسرى رد واقيد فان قيل
عقد الصلح والدفع وان ظهر بطلانه بالسراية فلم لم يعتبر صورته ذلك شبهة مورثة لدرء القود اجيب بان الدفع ليس
بتصرف مبتدا بل هو تسليم للواجب فاذا بطل الواجب بطل التسليم ايضا والباطل لا يورث شبهة كما اذا طلق امرأته
بائنا ثم وطئها في العدة مع العلم بحرمتها عليه فانه لا يصير شبهة لدرء الحد فوجب القصاص بهما وان جنى عبد ماذون
مديون خطاء فاعتقه غير عالم بها ضمن لرب الدين الاقل من قيمته ومن دينه وضمن لولي الجناية الاقل من قيمته ومن ارشها
لانه اتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع للاولياء والبيع للغرماء فكذلك عند الاجتماع ويمكن
الجمع بينهما ايفاء من الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيكون الاتلاف واردا عليهما فيضمنهما
بالاتلاف بخلاف ما اذا اتلفه اجنبي حيث يجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى الى الغرماء لان الاجنبي انما يضمن للمولى بحكم
الملك فلا يظهر في مقابلته حق الدفع لان الحق دون الملك فيكون الحق مع الملك مرجوحا وهنا يجب لكل منهما باتلاف الحق فلا
ترجيح فيظهران فيضمنهما ولو ولدت ماذونة مديونة يباع الولد معها في دينها لان الدين وصف حكمي فيها واجب
في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء حتى صار المولى ممنوعا من التصرف في رقبتها ببيع او هبة او غيرهما وكانت من الاوصاف
الشرعية القارة في الام فتسري الى الولد كالكتابة والتدبير والرهن ولو جنت الماذونة المديونة لا يدفع الولد في جنايتها
لان موجبها الدفع او الفداء وذلك في ذمة المولى لا في ذمتها حتى لم يصر المولى ممنوعا من التصرف في رقبتها ببيع او هبة
او استخدام وانما يلاقيها اثر الفعل الحقيقي الذي هو الدفع فلا يسري الى الولد لكونه وصفا غير قار يحصل عند الدفع والسراية
في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية بناء على ان الوصف الحقيقي في محل لا يمكن ان ينتقل الى غيره واما الوصف الشرعي
فهو امر اعتباري يتحول بتحوله ولو اقر رجل ان زيدا حرر عبده فقتل ذلك العبد ولي المقر قتلا خطاء فلا شيء له اي لهذا الرجل لانه
لما زعم ان مولاه اعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة وابراء العبد من كل الدية لا من قسطه فيها وابراء المولى لانه لم يدع عليه بعد
الجناية اعتاقا حتى يصير به مختارا للفداء ان علم بذلك او مستهلكا حق المجني عليه ان لم يعلم ولذلك لم يكن له سبيل على اخذ
العبد بعد هذا الاقرار ولا على المولى بشيء ولا على العاقلة الا بحجة وان قال معتق قتلت اخا زيد قبل عتقي وقال زيد
بل بعده يعني اذا اعتق عبد معروف بالرق فقال لزيد قتلت اخاك خطاء وانا عبد وقال زيد بل قتلته وانت حر
فالقول للمعتق لانه منكر للضمان لانه اسند اقراره الى حالة معهودة منافية للضمان عليه اذ الكلام في عبد معروف بالرق
والوجوب في جناية العبد على المولى دفعا او فداء وصار كما اذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتي وانا صبي او بعت داري
وانا صبي او قال طلقت امرأتي وانا مجنون وقد كان جنونه معروفا كان القول قوله مع يمينه لانه منكر للضمان وان قال
المولى لامة اعتقها قطعت يدك قبل العتق وقالت الامة بل بعده فالقول لها وكذا كل ما نال منها الا الجماع والغلة

استحسانا

استحسانا عندهما وعند محمد لا يضمن الا شيئا بعينه يؤمر برده اليها والماخوذة قائم في يده فان القول فيه قولها لانه اقر
بيدها حيث اعترف بالاخذ منها ثم ادعى التمليك عليها وهي تنكر والقول للمنكر فيؤمر بالرد عليها ولهما انه اقر بسبب الضمان
ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول له لانه ما اسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة بخلاف الوطي
والغلة لان وطئ المولى امته المديونة لا يوجب العقر وكذا اذا اخذ من غلتها وان كانت مديونة لا يجب الضمان عليه فحصل
فيهما الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان بخلاف غيرهما فانه بمنزلة ما لو قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى
صحيحة ثم فقئت فقال المقر له بل فقأتها وعينك اليمنى مفقودة بيد به فالقول للمقر له لانه يدعي براءته عن ضمان العين قصاصا وارشا
وجوب نصف الدية عليه وهذا بناء على ان جعل العضو المتلف ان كان صحيحا حال الاتلاف ثم تلف سقط القصاص
على اصل اصحابنا ان موجب العمد القود على سبيل التعيين وله العدول الى المال فقبل العدول اذا فات المحل بطل الحق
ولو امر عبد محجور او صبي صبيا بقتل رجل فقتله فالدية على عاقلة القاتل صبيا لان الصبي هو المباشر وعمده وخطاؤه سواء فيجب
على عاقلته ورجعوا على العبد بعد عتقه لانه اوقع الصبي بهذه الورطة وعدم الاعتبار قبل العتق كان لحق المولى وقد زال
نقصان اهليته لا على الصبي الامر لانه قاصر الاهلية وفي شرح الزيادات للعتابي لا يرجع العاقلة على العبد ايضا ابدا لان هذا
ضمان جناية وهو على المولى لا على العبد وقد تعذر ايجابه على المولى لمكان الحجر وهذا اوفق للقواعد ولو كان مامور العبد المحجور
مثله بخلاف ما لو كان العبد الامر ماذونا فانه يجب عليه قيمة المامور حالا ذكره في غاية البيان دفع السيد العبد القاتل او فداه
ان كان القتل خطاء حقيقة بان كان المامور القاتل صغيرا فان جنايته وان كانت عمدا خطاء حكما ولا يرجع على الامر لان الامر قول
وقول المحجور غير معتبر فلا يؤاخذ به في الحال ويجب ان يرجع عليه بعد عتقه لزوال المانع وهو حق المولى بالاقل من قيمته ومن الفداء
لان العبد الامر بعد عتقه مختار في دفع الزيادة لا مضطر فان كان القتل عمدا والمامور كبيرا اقتص لجريان القصاص بين
الحر والعبد وان قتل عبد عمدا حرين لكل واحد منهما وليان فعفا احد وليي كل منهما دفع المولى نصفه الى الاخرين او فداه
بدية هي عشرة الاف درهم لهما لانه لما عفا احد وليي كل واحد منهما سقط القصاص في الكل وانقلب نصيب الساكتين مالا
وهي دية كاملة لان كل واحد من القتيلين يجب له قصاص كامل على حدة فاذا سقط القصاص وجب ان ينقلب كله مالا
وذلك ديتان فيجب على المولى عشرون الفا او دفع العبد الى الساكتين غير ان نصيب العافيين سقط مجانا فبقي
نصيب الساكتين وذلك دية كاملة لكل منهما نصف الدية او نصف العبد فيخير المولى بينهما ذكره الزيلعي وان قتل
احدهما عمدا والاخر خطاء فعفا احد وليي العمد فدى بدية كاملة لولي الخطاء وبنصفها لاحد وليي العمد وهو الذي لم يعف
منهما لانه لما انقلب العمد مالا كان حق ولي الخطاء في كل الدية عشرة الاف وحق احد وليي العمد في نصفها خمسة الاف
ولا تضايق في الفداء فيجب خمسة عشر الفا او دفع اليهم يقسم اثلاثا عولا عند ابي حنيفة رح وعندهما ارباعا منازعة
اصل هذا ما اتفقوا عليه ان قسمة العين اذا وجبت بسبب دين في الذمة كالغريمين في التركة ونحوها كانت القسمة
بطريق العول والمضاربة لعدم التضايق في الذمة فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه اما اذا
وجبت قيمة العين ابتداء لا بسبب دين في الذمة كمسئلة بيع الفضولي وهي ان فضوليا لو باع عبدا انسان كله وفضوليا
اخر باع نصفه واجاز المالك البيعين كان العبد بين المشتريين ارباعا فكانت القسمة بطريق المنازعة لان
الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال عند المزاحمة لان العين الواحدة تضيق عن الحقين على وجه الكمال
واذا ثبت هذا قالا في هذه المسئلة ثلاثة ارباع العبد المدفوع لولي الخطاء وربعه للساكت من وليي العمد لان حق
وليي العمد كان في جميع الرقبة فاذا عفا احدهما بطل حقه وفرغ النصف فيتعلق حق ولي الخطاء بهذا النصف بلا منازعة

بقي النصف الآخر واستوت منازعة ولي الخطأ والساكت مع ولي العمد في هذا النصف بينهما نصفين فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة ارباعا كما في مسئلة الفضوليين وله ان اصل حقهما ليس في عين العبد بل في الارش الذي هو بدل المتلف والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة وهذا لان حق ولي الخطأ في عشرة الآف وحق الشريك العافي في خمسة فيضرب كل واحد منهما بجميع حقه كرجل عليه ثلاثة الاف درهم لفلان ولرجل والف لآخر مات وترك الف درهم كانت التركة بين صاحبي الدينين اثلاثا بطريق العول والمضاربة ثلثاها لصاحب الالفين وثلثها لصاحب الالف كذلك هذا بخلاف بيع الفضولي لان الملك ثبت للمشتري في العين ابتداء كذا في العناية

وان قتل عبد لاثنين قريبا لهما فعفا احدهما بطل الكل عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يدفع العافي نصف نصيبه الى الآخر او يفديه بربع الدية وقيل محمد مع الامام والاشهر انه مع ابي يوسف لهما ان حق كل واحد من الوليين في نصف القصاص شائعا لان ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له لان العبد في حق الدم يبقى على اصل الحرية والمولى في دمه كاجنبي فيستحق دمه بالقصاص لما لم يكن مستحقا له بالملك فاذا عفا احدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير انه شائع في الكل فيكون نصفه في نصيبه ونصفه في نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه سقط ضرورة ان المولى لا يستوجب على عبده دينا وما كان في نصيب صاحبه بقي وهو نصف النصف وهو الربع فلذلك يدفع نصف نصيبه وهو الربع او يفديه بربع الدية وله ان نصيب العافي قد سقط ونصيب الآخر وهو النصف يحتمل ان يكون كله في ملك شريكه فينقلب مالا او يحتمل ان يكون كله في ملك نفسه فيبطل اصلا ويحتمل ان يكون نصفه في ملك نفسه ونصفه في نصيب العافي فينقلب نصف هذا النصف وهو الربع مالا فلما احتمل هذا واحتمل ذاك لا ينقلب مالا لان المال لا يجب بالشك كذا في الهداية وشروحها ولو قتل عبد مولاه عمدا لا رواية في هذه المسئلة وعن الفقيه ابي جعفر انه يقتل ذكره في الخلاصة

فصل لما فرغ من جناية العبد شرع في الجناية عليه وقدم الاول ترجيحا لجانب الفاعلية دية العبد المجني عليه من الحر او العبد خطاء قيمته وكذا قيمة الامة قيمتها فتجب تلك القيمتان على العاقلة ان لم تبلغا دية الحرين فان كانت قيمته قدر دية الحر وهي عشرة الآف درهم او اكثر نقصت ديته عن دية الحر عشرة دراهم وكذا لو كانت قيمة الامة كدية الحرة خمسة الآف درهم او اكثر نقصت عنها بخمسة عشرة دراهم هذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول ابي يوسف اولا وقال الثاني تجب قيمته بالغة ما بلغت وهو قول ابي يوسف آخرا وفي الغصب اي في غصب العبد تجب القيمة بالغة ما بلغت اجماعا فلو غصب عبدا قيمته عشرون الفا وهلك في يده تجب تلك القيمة بالاجماع لهما ان الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك العبد الا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية اصلا ان بقي العين او بدلا ان هلكت وصار كقليل القيمة وكالغصب ولابي حنيفة ومحمد قوله تعالى ودية مسلمة اوجب الدية مطلقا فيمن قتل خطاء حرا كان او عبدا والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية واما ضمان الغصب فباعتبار المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال وبقاء العقد يتبع الفائدة حتى يبقى بعد قتله عمدا وان لم يكن القصاص بدلا عن المالية فكذا الدية وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية الا انه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأيا بخلاف كثير القيمة لان قيمة الحر مقدرة بعشرة الآف ونقصنا منها في العبد اظهارا لانحطاط رتبته عن رتبة الحر وتعيين العشرة باثر عبد الله بن مسعود رضي الله عنه كذا في الهداية والعناية فالدية على العاقلة في ثلاث سنين عند ابي حنيفة ومحمد وعلى الجاني حالا عند ابي يوسف والاول الصحيح كما في الذخيرة وما قدر في الجناية عن دية الحر وارشه قدر من قيمة الرقيق لان القيمة في العبد كالدية في الحر فيجب في موضحة العبد نصف عشر

قيمة العبد بالغة ما بلغت وعن محمد لانه يجب في الحر نصف عشر الدية اذ القيمة بدل الدم وهذا ظاهر الرواية وهو الصحيح وعن محمد انه نصف عشر قيمته الا اذا بلغت خمسمائة فحينئذ ينقص منه درهم ففي يده اي في يد العبد نصف قيمته بالغة ما بلغت وعن محمد نصفها كذا في القهستاني نقلا عن النهاية والكرماني ولا يزاد على خمسة الاف الا خمسة وذلك لان اليد من الآدمي نصفه فيعتبر بكله وينقص هذا المقدار اظهارا لانحطاط رتبته ومن قطع يد عبد عمدا فاعتق فسرى اي انتقص منه ان كان وارثه سيده فقط عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد لا يقتص لان القود يجب بالموت مستندا الى وقت الجرح فان اعتبر وقت الجرح فسبب الولاية الملك وان اعتبر وقت الموت فسببها الوراثة بالولاء فجهالة سبب الاستحقاق تمنع القود كجهالة المستحق فيما لا يثبت بالشبهة او فيما يحتاط فيه ولهما انا تيقنا ثبوت الولاية للمولى فيستوفيه لان جهالة السبب لا يعتبر عند تيقن من له الحق والا اي وان لم يكن وارثه السيد فقط بل له وارث غيره لا يقتص بالاجماع لان المعتبر ان كان وقت الجرح فالمستحق السيد وان كان وقت الموت فالوارث او هو مع السيد فجهالة المقضي له يمنع الحكم بخلاف العبد الموصى له بالخدمة لرجل وبرقبته لآخر فان كل واحد منهما لم ينفرد بالقصاص لان حق الموصى له بالخدمة لا ملك له في الرقبة والموصى له بالرقبة اذا استوفى القصاص سقط حق الموصى له بالخدمة لان الرقبة فاتت لا الى بدل فلا يملك ابطال حقه عليه ولكن اذا اجتمعا فقد رضي الموصى له بالخدمة بفوات حقه فيستوفيه الآخر لزوال الاشتباه وعند محمد لا قصاص اصلا لما بينا وعليه ارش اليد وما نقص من وقت الجرح الى حين العتق لانه حصل على ملكه ويبطل الفضل عنده ومن قال لعبديه احدكما حر فشجا فبين المولى العتق في احدهما فارشهما له اي للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة فيكون ارشهما للمالك وان قتلا فله دية حر وقيمة عبد يعني اذا قتلهما رجل واحد في وقت واحد معا فيجب عليه للمولى دية حر وقيمة عبد لا قيمة عبدين ولا دية حرين والفرق ان البيان انشاء من وجه حتى يشترط صلاحية المحل للانشاء فلما مات احدهما فبين العتق فيه لا يصح واظهار من وجه حتى يجبر عليه ولو كان انشاء من كل وجه لما اجبر عليه اذ لم يجبر على انشاء العتق والعبد بعد الشجة محل للبيان فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا له فاعتبرناه اظهارا محضا واحدهما حر بيقين فيجب قيمة عبد ودية حر واما اذا قتلهما رجل على التعاقب فيجب عليه القيمة للاول لمولاه والدية للثاني للورثة لتعينه للعتق بعد موت الاول ذكره الزيلعي وان قتل كل واحد قيمة العبدين ~~[illegible]~~ يعني ان قتل رجل احد العبدين وآخر الآخر في وقت واحد يجب عليهما قيمة العبدين لانا لم نتيقن بقتل كل واحد حرا وكل من القاتلين ينكر ذلك فعليهما قيمتهما والحاصل ان القاتل اما ان يكون واحدا او اثنين فان كان واحدا فاما ان قتلهما معا او متعاقبا فان كان فالحكم وجوب القيمة للمولى والدية للورثة فان لم يكن له ورثة غير المولى فظاهر وان كانت فكل واحد منهما يجب ديته في حال وقيمته في حال فيقسم ذلك باعتبار الاحوال وهذا اذا استوت القيمتان واما اذا اختلفا فعليه نصف قيمة كل واحد منهما ودية حر لانا نتيقن انه قتل عبدا وحرا وقتل الحر يوجب الدية وليس احدهما اولى من الآخر فيلزمه نصف قيمة كل واحد منهما ونصف دية كل واحد منهما وان كان الثاني فقد تعينت الحرية في الثاني بقتل الاول فكان على القاتل قيمة الاول للمولى ودية الثاني للورثة وان كان القاتل اثنين فاما ان قتلا معا او متعاقبا فان كان الاول على كل واحد منهما قيمة عبد لان كل واحد من القاتلين انما قتل احدهما بعينه والعتق في حق المعين غير نازل وانما هو نازل في المنكر ولا نتيقن ان كل واحد منهما قاتل لذلك المنكر فيجب على كل واحد منهما المقدر المتيقن به وهو القيمة ولم يبين في المبسوط

[illegible]

ان ذلك للمولى او لورثتهما وقيل هذا والاول سواء النصف للمولى من كل واحد منهما والنصف للورثة لان العتق فى حق المولى ثابت فى احدهما فلا يستحق بدل نفسه فيوزع ذلك عليهما نصفين وان لم يدر ايهما قتل اولاً فالحكم كذلك وان كان الثانى فعلى القاتل الاول قيمة الاول لمولاه وعلى الثانى دية الثانى لورثته لان العتق تعين فيه ومن فقاء عينى عبد لغيره فان شاء سيده دفعه اليه اى الى الجانى واخذ قيمته او امسكه ولا شئ له اى للمولى عند ابى حنيفة وعندهما ان امسكه فله ان يضمنه نقصانه وله ان يدفعه وقال الشافعى ضمنه القيمة وامسك الجثة العمياء وقاس على ما قطع يدى حر او مدبر وعلى ما اذا قطع احدى يديه وفقاء احدى عينيه فاوجب الضمان فى مقابلة الفائت فبقى الباقى على ملكه ولهما ان المالية معتبرة فى حق الاطراف وانما سقط فى حق الذات فقط وحكم الاموال ما ذكر كما فى الخرق الفاحش وله ان المالية وان كانت معتبرة فى الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفى الاطراف ايضاً الا ترى ان عبدا لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع او الفداء وهذا من احكام الآدمية لان موجب الجناية على المال ان يباع رقبته فيها ثم من احكام الآدمية ان لا يقسم على الاجزاء كمال بدل النفس على النفس والفائت من الطرف بل يكون بازاء الفائت لا غير كما فى فقاء عينى الحر ولا يتملك الجثة ومن احكام المالية ان يقسم موجب الجناية وهو الضمان على الاجزاء والجثة ويتملك الجثة كما فى تحريق الثوب فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم بخلاف ما اذا فقاء عينى حر لانه ليس فيه معنى المالية والمدبر لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفى قطع احدى اليدين وفقاء احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة حتى يصير معتبرا باتلاف النفس وفيما قاله الشافعى الغاء جانب المالية اصلا حيث جعله كالحر

فصل اخر جناية المدبر وام الولد عن العبد لانهما احط رتبة فى اسم المملوكية عنه وان جنى مدبر اعلم ان جناية المدبر على سيده فى ماله دون عاقلته حالة لما روى ان ابا عبيدة بن الجراح رض قضى بجناية المدبر على مولاه وكان اميرا بالشام رح وقضاياه تظهر بين الصحابة وكان حكمه بمحضر من الصحابة ولم ينكره عليه احد فحل محل الاجماع وام الولد ضمن السيد الاقل من القيمة ومن الارش لانه لا حق لولى الجناية فى اكثر من الارش ولا منع من المولى فى اكثر من العين وقيمتها تقوم مقامها ولا تخيير بين الاقل والاكثر لانه لا يفيد فى جنس واحد لاختياره الاقل لا محالة بخلاف القن لان الرغبات صادقة فى الاعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء فان جنى جناية اخرى شارك ولى الجناية الثانية ولى الجناية الاولى ان دفعت اى القيمة اليه بقضاء اذ ليس فى جناياته الا قيمة واحدة ولا شئ على المولى لانه ما لزمه اكثر من قيمة واحدة بجناياته وهو مجبور على الدفع فلم يبق عليه شئ والا اى وان دفعها اليه بلا قضاء القاضى فان شاء اتبع ولى الاولى وان شاء اتبع المولى يعنى ولى الجناية الثانية بالخيار ان شاء اتبع المولى بنصف القيمة فى ذمته ثم يرجع المولى على الاول لانه تبين انه استوفى منه زيادة على مقدار حقه وان شاء اتبع ولى الجناية الاولى هذا عند ابى حنيفة قال صاحب الهداية ويعتبر قيمته لكل واحدة حال الجناية عليه لان المنع فى هذا الوقت يتحقق قال فى النهاية رح صورته ما ذكره فى المبسوط قال واذا قتل المدبر رجلاً خطاء وقيمته الف درهم ثم زادت قيمته الى الفين ثم قتل آخر خطاء ثم اصابه عيب فرجعت قيمته الى خمسمائة ثم قتل آخر فعلى مولاه الفا درهم لانه جنى على الثانى وقيمته الفان ولو لم يكن منه الا تلك الجناية لكان المولى ضامنا قيمته الفين ثم الف من هذا لولى القتيل الاوسط خاصة لان ولى الاول انما يثبت حقه فى قيمته يوم جنى على وليه وهو الف درهم فلا حق له فى الالف الثانية فيسلم ذلك لولى القتيل الاوسط رح وخمسمائة من الالف الاول بين ولى القتيل الاول وبين الاوسط لانه لا حق فى هذه الخمسمائة لولى القتيل الثالث وانما حقه فى قيمته يوم جنى على وليه فتقسم هذه الخمسمائة بين الاوسط والاول يضرب فيها الاول بعشرة آلاف والاوسط

بتسعة الاف

بتسعة آلاف لانه وصل اليه من حقه الف والخمسمائة الباقية بينهم جميعاً يضرب فيها الاخير بعشرة آلاف لانه ما وصل اليه شئ من حقه ويضرب الاول بعشرة آلاف الا ما اخذ لانه وصل اليه من حقه مقدار المأخوذ فلا يضرب به وكذلك الاوسط لا يضرب بما اخذ فى المرتين وانما يضرب بما بقى من حقه فيقسم الخمسمائة بينهم على ذلك كذا فى العناية وعندهما تبع ولى الثانية ولى الاولى بكل حال ولا شئ على المولى لانه ليس بجان فى الدفع لانه حين لم يكن الجناية الثانية موجودة وقد دفع كل الحق الى مستحقه وصار كما اذا دفع بالقضاء لانه فعل بنفسه عين ما يأمره القاضى به لو رفع اليه فيكون القضاء وغير القضاء فيه سواء كما فى الرجوع فى الهبة وله ان كل واحد من الدافع والقابض جان اما الدافع وهو المولى فلانه دفع حق ولى الجناية الثانية طوعاً واما القابض وهو ولى الجناية الاولى فبقبض حق ولى الجناية الثانية ظلماً والرجوع على الجانى جائز فيتخير فى الرجوع وان اعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لا يلزمه الا قيمة واحدة لان الضمان انما وجب عليه بالمنع فصار وجود الاعتاق من بعد وعدمه بمنزلة وام الولد بمنزلة المدبر فى جميع ما ذكرنا لان الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير وان اقر المدبر بجناية الخطاء لا يلزمه شئ فى الحال ولا بعد عتقه لان موجب جناية الخطاء على سيده واقراره به لا ينفذ على السيد ولو جنى المدبر خطاء ثم مات عقيبها بلا فصل لم تبطل القيمة عن المولى لانها وجبت فى ذمته عقيب الجناية فبقاء الرقبة وتلفها سواء وكذلك لو اعمى بعد الجناية لا تنقص شئ من القيمة لما بينا ذكره فى الاختيار

باب فى احكام غصب العبد والصبى والمدبر والجناية فى ذلك اى فيما ذكر من العبد والصبى والمدبر ولو قطع سيد يد عبده فغصبه ذلك العبد منه فمات من سراية القطع فى يد الغاصب ضمن الغاصب قيمته مقطوعا وان قطع سيده يده اى يد عبده عند الغاصب فمات من القطع برئ الغاصب والفرق ان الغصب سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك بآفة سماوية فيجب قيمته اقطع ولم يوجد القطع فى الفصل الثانى فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا مستردا وكيف لا يكون مستردا وانه استولى عليه وهو استرداد فبرئ الغاصب عن الضمان ولو غصب عبد محجور مثله فمات فى يده ضمن لان المحجور مؤاخذ بافعاله فى حال رقه حتى لو كان الغصب ظاهرا يباع فيه واما اقواله فان كان فيما يوجب الحد والقصاص فكذلك وان كان فيما يوجب المال بان اقر بما يوجبه فلا يؤاخذ به فى حال رقه وانما يؤاخذ به بعد الحرية كذا فى شروح الهداية ولو غصب مدبر اى لو غصب رجل مدبرا فجنى اى المدبر عند غاصبه ثم رده الغاصب على المولى فجنى المدبر عند سيده جناية اخرى او بالعكس بان جنى عند سيده ثم غصبه رجل فجنى عنده ضمن سيده قيمته لهما اى لولى الجنايتين لان المولى بالتدبير السابق اعجز نفسه عن الدفع من غير ان يصير مختارا للفداء لان المولى لم يعلم وقت التدبير بجناية تحدث فى المدبر فى المستقبل ولم يمنع الا رقبة واحدة فلا يزاد على قيمتها وتكون بين وليى الجنايتين نصفين لاستوائهما فى الموجب ورجع السيد بنصفها اى بنصف قيمته على الغاصب لانه استحق نصف القيمة بسبب كان فى يد الغاصب ودفعه اى النصف المأخوذ من الغاصب الى ولى الجناية الاولى فى الصورة الاولى ثم رجع به اى بذلك المدفوع الى ولى الجناية الاولى رجوعا ثانيا عليه اى على الغاصب وهذا الدفع الثانى والرجوع الثانى عند ابى حنيفة رح وابى يوسف رح وعند محمد لا يدفعه ولا يرجع ثانيا لان الذى يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم من جهته لولى الجناية الاولى فلا يدفعه اليه لئلا يؤدى الى اجتماع البدل والمبدل فى ملك رجل واحد ولئلا يتكرر الاستحقاق ولهما ان المولى ملك ما قبضه من الغاصب ودفعه الى ولى الجناية الاولى عوضاً عما اخذه ولى الجناية الثانية دون

الاولى فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد ولهما ان حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه احد وانما ينتقص حقه بزاحمة الثاني فاذا وجد شيئا من بدل العبد في يد المالك فارغا اخذه اتماما لحقه واذا اخذه منه يرجع المولى بما اخذه على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب فان اعترض بان الثانية مقارنة للاولى فكيف يكون حق الاول في جميع القيمة والجواب ان المقارنة جعلت حكما في حق التقسيم لا غير والاولى متقدمة حقيقة وقد انعقدت موجبة لكل القيمة من غير تزاحم وامكن توفير موجبها فلا يمنع بلا مانع
وفي الصورة الثانية يدفعه ولا يرجع على الغاصب ثانيا بالاجماع والفرق لمحمد بينها وبين المسئلة المتقدمة انه متى دفع النصف المقبوض من الغاصب الى ولي الجناية الاولى لم يؤد الى الجمع بين البدل والمبدل لانه لما كانت الجناية الاولى عند المولى كان ما اخذه المولى من الغاصب بدلا عما دفع الى ولي الجناية الثانية دون الاولى لان الثانية هي الموجودة عند الغاصب واذا لم يكن بدلا عما دفع اليه لا يلزم بالدفع جمع بين البدل والمبدل والقن في الفصلين يعني اذا جنى عند غاصبه ثم عند مولاه وبالعكس كالمدبر فيما ذكر الا ان الفرق بينهما انه اي المولى يدفعه اي القن بنفسه وفي المدبر يدفع القيمة وحكم تكرار الرجوع والدفع في القن كما في المدبر اختلافا واتفاقا وقد ذكرنا ولو غصب رجل مدبرا مرتين فجنى عنده في كل منهما غرم سيده قيمته لهما يعني لو غصب رجل مدبرا فجنى عنده ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده مرة اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفين لانه منع رقبة واحدة بالتدبير فيجب عليه قيمة واحدة ورجع المولى بها اي بالقيمة على الغاصب لان الجنايتين كانتا في يد الغاصب ودفع المولى نصفها الى ولي الجناية الاولى لانه استحق كل القيمة لان عند وجود الجناية عليه لا حق لغيره وانما انتقص بحكم المزاحمة من بعد ورجع المولى به اي بنصف القيمة عليه اي على الغاصب رجوعا ثانيا اتفاقا لان الاستحقاق بسبب كان في يده ويسلم له ولا يدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا الى ولي الجناية الثانية لانه لا حق له الا في النصف لسبق حق الاول وقد وصل اليه ذلك وقيل فيه اي في هذا الفصل وهو المسئلة التي غصب المدبر فيها مرتين خلاف محمد كالمسئلة الاولى حتى يسلم للمولى ما رجع به من القيمة على الغاصب ولا يأخذ ولي الجناية الاولى ما بقي من حقه وقال الاتقاني الصحيح انه على الاتفاق لان محمدا ذكر هذه المسئلة في الجامع الصغير بلا خلاف وكذا ذكره فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع الصغير كذا في العناية ومن غصب صبيا حرا اي ذهب به بغير اذن وليه فمات في يده او حمى فلا شيء عليه وان مات بصاعقة او نهش حية فعلى عاقلته ديته استحسانا والقياس ان لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي لان الغصب في الحر لا يتحقق الا ترى انه لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع انه حر يدا فاذا كان الصغير حرا رقبة ويدا كان اولى وجه الاستحسان انه لا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالاتلاف وهذا اتلاف تسبيبا لانه نقله الى ارض مسبعة او الى مكان الصواعق وهذا لان الصواعق والحيات والسباع لا تكون في كل موضع فاذا نقله اليه وهو متعد فيه فقد ازال حفظ الولي فيضاف الى الغاصب لان شرط العلة تنزل منزلة العلة اذا كان تعديا كالحفر في الطريق بخلاف الموت فجأة او حمى لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى موضع يغلب فيه الحمى والامراض نقول بانه يضمن وتجب الدية على العاقلة لكونه قتلا تسبيبا كذا في الهداية وقالوا لو حمله الى مكان يكثر فيه الحمى والوباء بان كان المكان مخصوصا بذلك يضمن ايضا لا بسبب العدو لان القول به باطل بل لان الهواء بخلق الله تعالى مؤثر في بني آدم وغيره كالغذاء كذا في البزازية ولو قتل صبي عبدا مودعا عنده ضمن عاقلته ديته وان اكل طعاما او اتلف مالا اودع عنده فلا ضمان عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف حيث يقول يضمن في الوجهين وهو قول الشافعي وعلى هذا الخلاف لو اودع عند عبد محجور مال فاستهلكه ضمن بعد العتق

لافي الحال

لافي الحال عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف فان عنده وعند الشافعي يؤاخذ في الحال والاقراض والاعارة كالايداع فيهما اي في الصبي والعبد والمراد بالصبي العاقل قال محمد في اصل الجامع الصغير صبي قد عقل وفي الجامع الكبير وضع المسئلة في صبي ابن اثنتي عشرة سنة وفي غير العاقل يضمن المال ايضا بالاتفاق لان التسليط غير معتبر وفعله معتبر هكذا ذكر فخر الاسلام البزدوي في الجامع الصغير واما صدر الاسلام وقاضي خان والتمرتاشي فقد قالوا في شرح الجامع الصغير هذا الخلاف فيما اذا كان عاقلا وان لم يكن عاقلا فلا يضمن في قولهم جميعا كما يضمن العاقل ايضا مالا اتلفه بلا ايداع ونحوه اجماعا لابي يوسف والشافعي انه اتلف مالا متقوما معصوما حقا لمالكه فيجب عليه الضمان كما اذا كانت الوديعة عبدا وكما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع ولابي حنيفة ومحمد انه اتلف مالا غير معصوم فلا يجب الضمان كما اذا اتلفه باذنه ورضاه وهذا لان العصمة تثبت حقا له وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال في يد مانعه فلا يبقى مستحقا للنظر الا اذا اقام غيره مقام نفسه في الحفظ ولا اقامة هنا لانه لا ولاية له على الصبي ولا على نفسه بخلاف البالغ والماذون له لان لهما ولاية على انفسهما وبخلاف ما اذا كانت الوديعة عبدا لان عصمته لحقه اذ هو مبقى على اصل الحرية في حق الدم وبخلاف ما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي الذي وضع في يده المال دون غيره كذا في الهداية وذكر في شرح الطحاوي ومن اودع عند صبي مالا فهلك في يده لا ضمان عليه بالاجماع وان استهلكه الصبي فانه ينظر ان كان الصبي ماذونا له في التجارة يضمن بالاجماع وان كان محجورا عليه ولكنه قبل الوديعة بامر وليه يضمن بالاجماع وان قبل بغير اذن وليه فلا ضمان عليه في قول ابي حنيفة ومحمد لا في الحال ولا في الادراك وقال ابو يوسف يضمن في الحال واجمعوا على انه لو استهلك مال الغير من غير ان يكون عنده وديعة ضمن في الحال وهو تقسيم حسن كذا في العناية والكفاية

باب القسامة

لما كان امر القتيل في بعض الاحوال يؤول الى القسامة ذكرها في آخر الديات في باب على حدة وهي في اللغة اسم وضع موضع الاقسام وفي الشرع ايمان تقسم بها اهل محلة او دار وجد فيها قتيل به اثر وسببها وجود القتيل فيما ذكرنا وركنها اجراء اليمين على لسانه وشرطها بلوغ المقسم وعقله وحريته ووجود اثر القتل في الميت وتكميل اليمين خمسين وكون القتيل من بني آدم فلا قسامة في بهيمة وجدت في محلة قوم ولا غرم فيها وكون الدعوى من اولياء القتيل لان القسامة يمين فلا تجب بدون الدعوى وانكار المدعى عليه لان اليمين وظيفة المنكر والمطالبة بالقسامة لان اليمين حق المدعي فيوفى عند طلبه وعدم كون القتيل ملكا لصاحب الملك الذي وجد فيه وحكمها القضاء بوجوب الدية ان حلفوا والحبس الى الحلف ان ابوا ان ادعى الولي العمد وبالدية عند النكول ان ادعى الخطاء ومحاسنها تعظيم خطر الدماء وصيانتها عند الاهدار وخلاص المتهم بالقتل عن القصاص وسيأتي دليل شرعيتها اذا وجد ميت في محلة بفتحتين اي منزل كما في المفردات فيشمل المسجد والمحلة العرفية والدار وغيرها مما يأتي من كلامه واحترز به عن الشارع والسجن ونحوهما مما لا حق فيه واعلم ان المحلة عرفا ما يسكن فيها اهل مسجد من الاماكن على ما اشار اليه كلامهم في الوصية للجيران به اي بذلك الميت اثر القتل من جرح اي جراحة او اكثر من فعل آدمي او خروج دم من اذنه او عينه كانه من فعل آدمي واذا لم يعلم ان وجد في المعركة هكذا او به اثر خنق بفتحتين وكسر النون هو عصر الحلق او ضرب ولم يدر قاتله بالبينة والاقرار وقد ادعى وليه اي ولي الميت الموصوف بما ذكر قتله عمدا او خطاء على اهلها اي اهل تلك المحلة كلهم او على بعضهم باعيانهم او لا باعيانهم كذا في القهستاني قال صاحب الهداية هذا اذا ادعى ولي القتيل على جميع اهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا باعيانهم والدعوى في الخطاء او العمد لانهم لا يميزون عن الباقي ولو ادعى على واحد من اهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من اهلها عليه لا تقبل

وسيأتي تحقيقه ان شاء الله تعالى ولا بينة له حلف خمسون رجلا منهم حرا مكلفا فلا قسامة على المرأة والعبد والصبي والمجنون منهم اي من اهل المحلة يختارهم الولي يعني ان خيار تعيين الخمسين الى الولي لان اليمين حقه والظاهر انه يختار من يتهمه بالقتل او يختار صالحي اهل المحلة لما ان تحرزهم عن اليمين الكاذبة ابلغ التحرز فيظهر القاتل وفائدة اليمين النكول فان كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بابلغ ما يفيد يمين الطالح ولو اختاروا اعمى او محدودا في قذف جاز لانه يمين وليس بشهادة بخلاف اللعان فانه قدم انه شهادة وهما ليسا من اهل ادائها قوله بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا على طريق الحكاية عن الجميع اما عند الحلف فيحلف كل واحد منهم بالله ما قتلته وما علمت له قاتلا ولا يحلف بالله ما قتلنا لجواز ان يباشر القتل بنفسه فيجترئ على اليمين بالله ما قتلنا هذا عند اصحابنا لو كان حلفهم على القتل خطاء وان كان على القتل عمدا ففيه قولان في قول القصاص وهو قول مالك وفي قول الدية وان نكل المدعون يحلف المدعى عليهم فان حلفوا برئوا وان نكلوا فان كان المدعى عليه واحدا يقتص في قول ويجب الدية في قول وان كانوا اكثر ففي قول يقتص من جميعهم وفي قول يقتص من واحد بقرعة في تخريج وباختيار الولي في آخر ويغرم الباقون الدية واللوث وجود سبب يوجب غلبة الظن بان الامر كما يقول المدعي مثل ان يوجد بقرب القتيل رجل متلطخ الدم او ابصر رجل يحرك يديه كالضارب فلما دنوا منه وجد بقربه قتيل او جاءت شهادات متفرقة من رجال ونساء وصبيان او شهد عدل واحد ان هذا قتله او يهود فقتلوه او يوجد قتيل بين جماعة هم اعداء له ولا يخالطهم غيرهم او تدخل جماعة بيتا فلا يتفرقون الا وقتيل بينهم او يدخل رجلان بيتا ثم وجد احدهما قتيلا والآخر جارح وان لم يوجد لوث على هذا التفسير فقول الشافعي مثل قولنا فالاختلاف في موضعين احدهما ان المدعي لا يحلف عندنا ويحلف عنده والثاني في براءة اهل المحلة باليمين كذا في ايضاح ابن كمال نقلا عن الحقائق وللشافعي ما في البداية بيمين الولي قوله عليه السلام للاولياء فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه ولكن اللوث دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها والمال يجب معها فلهذا اوجبت الدية ولنا الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر وروي عن عبد الله بن عباس انه قال وجد قتيل بخيبر فقال اليهود لرسول الله عليه السلام قد كان وجد في بني اسرائيل في عهد موسى عليه السلام فقضى في ذلك فان كنت نبيا فاقض فقال لهم النبي عليه السلام تحلفون خمسين يمينا ثم تغرمون الدية فقال قضيت بالناموس بالوحي وهذا نص في الباب وبه يبطل قول مالك بايجاب القصاص به لانه عليه السلام غرمهم الدية ولانه لو كان الواجب هو القصاص لغرمهم القصاص لا الدية وهكذا روي عن عمر وعلي الزام القسامة على اهل القرية والدية عليهم ولم ينقل الانكار عليهما من احد من الصحابة فيكون اجماعا ولان اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل فاولى ان لا يستحق به النفس المحترمة واعلم انا انما جمعنا في القسامة بين يميني البتات والعلم لان احد اليمينين كانت على فعلهم فكانت على البتات والاخرى على فعل غيرهم فكانت على العلم فان قيل اي فائدة في الاستحلاف على العلم وهم لو علموا القاتل فاخبروا به كان لا يقبل قولهم لانهم يسقطون به الضمان عن انفسهم فكانوا متهمين دافعين الغرم عن انفسهم وقد قال عليه السلام لا شهادة لمتهم ولا لجار المغنم ولا لدافع المغرم قيل كما استحلفوا على العلم اتباعا للسنة لان السنة هكذا وردت لما روينا من الاخبار فاتبعناه من غير ان يعقل فيه معنى ثم فيه فائدة من وجهين احدهما ان من الجائز ان يكون القاتل عبدا لواحد منهم فيقر عليه بالقتل فيقبل اقراره لان اقرار المولى على عبده بالقتل الخطأ صحيح فيقال له ادفعه او افده ويسقط الحكم عن غيره فكان التحليف على العلم مفيدا او جائز ان يقر على عبد غيره فيصدقه مولاه فيؤمر بالدفع او الفداء ويسقط الحكم

عن غيره

عن غيره فكان مفيدا فجاز ان يكون التحليف على العلم لهذا المعنى في الاصل ثم بقي هذا الحكم وان لم يكن لواحد من الحالفين عبد كالرمل في الطواف والثاني انه لا يمتنع ان يكون واحد منهم اقر صبيا او مجنونا او عبدا عليه بالقتل ولو اقر به يلزمه في حاله يحلف بالله ما علمت له قاتلا وهو الصبي الذي امره بقتله لكان حاصل الضمان عليه ويسقط الحكم عن غيره فكان مفيدا كذا في البدائع ثم لو حلفوا قضي على اهلها اي على عاقلة اهل تلك المحلة بالدية في ثلاث سنين ذكر في المبسوط ان في ظاهر الرواية القسامة على اهل المحلة والدية على عواقلهم ذكره في ايضاح ابن كمال وقال الشافعي لا يجب الدية لقوله عليه السلام في حديث عبد الله بن سهل تبرئكم اليهود بايمانها ولان اليمين عهد في الشرع مبرئا للمدعى عليه لا ملزما كما في سائر الدعاوى ولنا انه عليه السلام جمع بين الدية والقسامة في حديث سهل وفي حديث زياد وكذا عمر وعلي كما مر وقوله عليه السلام تبرئكم اليهود محمول على الابراء عن القصاص والحبس وكذا اليمين مبرئ عما وجب له اليمين من القصاص والقسامة ما شرعت لتجب لها الدية اذا نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فاذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا لوجود القتيل بين اظهرهم لا بنكولهم او وجبت بتقصيرهم في المحافظة كما عرف في القتل الخطاء وما اي ميت به اثر القتل ثم خلقه كالكبير ففيه القسامة والدية عليهم لان الظاهر ان تام الخلقة ينفصل حيا كذا في الهداية واعترض عليه بان الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق ولهذا قلنا في عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم يعلم صحته حكومة عدل عندنا وان كان الظاهر سلامتها اجيب عنه بانه انما لم يجب في الاطراف قبل ان يعلم صحتها ما يجب في السليم لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وليس فيها تعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة قصاصا او دية بخلاف الجنين فانه نفس من وجه عضو من وجه فاذا انفصل تام الخلق وبه اثر الضرب وجب فيه القسامة والدية تعظيما للنفوس لان الظاهر انه قتيل لوجود دلالة القتل وهو الاثر اذ الظاهر من حال تام الخلق ان ينفصل حيا وكما اذا انفصل ميتا ولا اثر له فلا يجب فيه شيء لان حاله لا يفوق حال الكبير فاذا وجد الكبير ميتا ولا اثر به لا يجب فيه شيء فكذا هذا فلا يحلف الولي وان للوصل كان اي وجد بها لوث اي تهمة وعلامة قتل لان اليمين على المدعي غير مشروع وفيه خلاف الشافعي وقد مر وان نقص اهلها اي اهل تلك المحلة التي وجد القتيل فيها عن الخمسين رجلا مكلفا كرر اليمين على الموجودين منهم الى ان يتم الخمسون لما روي ذلك عن عمر وروي عن شريح والنخعي مثل ذلك ولان الخمسين واجب بالسنة فيجب اتمامها ما امكن ولا يطلب فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة ثم فيه استعظام امر الدم فان كان العدد كاملا فاراد الولي ان يكرر على احدهم فليس له ذلك لان المصير الى التكرار ضرورة الاكمال ومن نكل عن اليمين حبس حتى يحلف او يقر لان اليمين في باب القسامة حق مقصود بنفسه لا انه وسيلة الى المقصود وهو الدية بدليل انه يجمع بينه وبين الدية فمن امتنع عن اداء حق مقصود بنفسه وهو قادر على الاداء يجبر عليه بالحبس كمن امتنع من قضاء دين عليه مع القدرة على القضاء بخلاف اليمين في سائر الحقوق فانها ليست مقصودة بنفسها بل هي وسيلة الى المقصود وهو المال المدعى الا ترى انه اذا لم يحلف المدعى عليه ولم يقر بذلك المال لكن بذله لا يلزمه شيء غيره وههنا لو لم يحلفوا ولم يقروا او بذلوا الدية لا تسقط عنهم القسامة فدل انها مقصودة بنفسها فيجبرون عليها بالحبس وروي عن ابي يوسف انهم لا يحبسون والدية على العاقلة ذكره القاضي في شرحه لمختصر الطحاوي وذكر فيها ايضا ان الامام اذا ابى عن الحلف وسال الاولياء ان يغرمهم الدية قضى عليهم بالدية كذا في البدائع ومن قال منهم قتله فلان استثناه في يمينه يعني لا يسقط اليمين عنه بقوله قتله فلان غاية ما في الباب انه استثناه عن يمينه حيث قال بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غير فلان وهذا لا ينافي ان يكون المقر شريكه في القتل او لا يكون غيره شريكا معه فيحلف على ما ذكرنا وان ادعى الولي القتل على غيرهم اي على غير اهل تلك المحلة

سقطت القسامة عنهم اى عن اهل تلك المحلة اعلم ان الابراء عن القسامة والدية نوعان نص ودلالة اما النص
فهو التصريح بلفظ الابراء وما يجرى مجراه كقول الولى ابرأت واسقطت وعفوت ونحو ذلك وركن الابراء اذا صدر ممن
هو اهل الابراء فى محل قابل له يصح واما الدلالة فهو ان يدعى ولى القتيل على رجل من غير اهل المحلة التى وجد القتيل فيها فيبرء
اهل تلك المحلة عن القسامة والدية لان ظهور القتيل فى المحلة لم يدل على كون هذا المدعى عليه قاتلا فاقدام الولى على الدعوى
عليه يكون نفيا للقتل عن اهل المحلة فيتضمن برأتهم عن القسامة والدية فان اقام البينة على المدعى عليه والا حلف فان
حلف مرة برئ وان نكل حبس حتى يحلف او يقر فى قول ابى حنيفة رح وفى قولهما يقضى بالدية ولا تقبل شهادتهم
اى شهادة اهل المحلة على غيرهم عند ابى حنيفة رح خلافا لهما قالا تقبل شهادة اهل المحلة على هذه الدعوى لان المانع من القبول
قبل الدعوى كانت التهمة وقد زالت بالبراءة فلا معنى لرد الشهادة وله ان التهمة تمكنت فى شهادتهم من وجهين
احدهما ان من الجائز انه ابرأهم ليتوسل بالابراء الى تصحيح شهادتهم والثانى انه احسن اليهم بالابراء حيث اسقط
القسامة والدية عنهم فمن الجائز انهم ارادوا المكافاة على ذلك والشهادة ترد بالتهمة من وجه واحد فمن وجهين اولى
كذا فى البدايع ولان عند اصحابنا اصلين وقد اجمعوا عليهما احدهما ان كل من انتصب خصما فى حادثة ثم خرج من كونه
خصما لم تقبل شهادته فى تلك الحادثة بالاجماع كالوكيل بالخصومة اذا خاصم ثم عزل فشهد لا تقبل بالاجماع والثانى اذا كان
لرجل عرضية ان يصير خصما ثم بطلت تلك العرضية كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة فشهد قبلت شهادته بالاجماع
فابو حنيفة جعل ما نحن فيه من الاصل الاول لانهم صاروا فى هذه الحادثة خصما تقديرا [illegible] للتقصير الصادر منهم حيث لم
يخلصوه من يد الظالم ولوجود القتيل بين اظهرهم فانه السبب الموجب للقسامة والدية قال عمر رضه وانا اغرمكم الدية لوجود
القتيل بين اظهركم وبدعوى القتل على غير اهل المحلة لا يتبين ان هذا السبب لم يكن ولكن اخرجوا بذلك عن كونهم خصما
لو ادعى الولى القتل عليهم فاذا ادعى على غيرهم زالت العرضية فتقبل شهادتهم وعلى هذين الاصلين يتخرج كثير من
المسائل من هذا الجنس اما على الاصل الاول فمسئلة الوكيل اذا خاصم فى مجلس الحكم ثم عزل كما مر والوصى فى حقوق اليتيم
خاصم اولم يخاصم كما مر واما على الاصل الثانى فمسئلة الشفيعين اذا شهدا على المشترى بالشراء وهما لا يطلبان الشفعة
تقبل شهادتهما لانهما بعرضية ان يصيرا خصمين بطلب الشفعة وقد بطلت بتركها كذا فى العناية ولا على بعضهم
ان ادعاه اجماعا اعلم ان ولى القتيل لو ادعى القتل على واحد من اهل تلك المحلة بعينه فالقسامة والدية بحالهما فى
ظاهر الرواية وروى عبد الله بن مبارك عن ابى حنيفة رح ان القسامة تسقط وكذا روى عن محمد وقال ابو يوسف
القياس ان تسقط القسامة الا انا تركناه للاثر وجه رواية ابن مبارك ان تعيين الولى واحدا منهم ابراء
عن الباقين دلالة فسقط عنهم القسامة كما لو ابرأهم نصا ووجه ظاهر الرواية ان القاتل احد اهل المحلة ظاهرا فالولى
كذلك الا انه عين وهو متهم فى التعيين فلا يعتبر تعيينه الا بالبينة فى العمد فلا يتغير حكم القسامة الا بها فان اقام
البينة من غير اهل المحلة على دعواه يقضى بها فيجب القصاص فى العمد والدية فى الخطاء ولو شهد شاهدان من
اهل المحلة عليه لا تقبل شهادتهما على ظاهر الرواية عن ابى حنيفة رح لان الخصومة عن نفسه لان الشاهد يدفع
الخصومة عن نفسه بشهادته ولا شهادة للخصم واذا لم تقبل شهادة اهل المحلة عليه ولم يقم بينة اخرى بقيت
القسامة على اهل المحلة على حالها بخلاف المدعى عليه وان شهد ان مع اهل المحلة حتى يكمل خمسون رجلا من اهل المحلة
عند ابى حنيفة ومحمد ما قتلناه ولا يزدادون على ذلك لان عندهما ان المشهود عليه قاتل فلا سبيل الى استحلافهم
على العلم وما قاله ابو حنيفة ومحمد اولى لان فيما قالاه مراعاة موضع القسامة وهو الجمع بين اليمين على البتات والعلم

كالوصى اذا خرج عن الوصاية بعد ما قبلها اما ببلوغ
الغلام او بعزل القاضى فانهما جعلاه من الاصل الثانى
لانهم انما يكونون خصما صح

بالقدر الممكن

بالقدر الممكن فيمين مراءة المستثنى وفيما قاله ابو يوسف ترك اليمين على العلم اصلا فكان ما قالاه اولى ولو ادعى
اهل تلك المحلة على رجل منهم او من غيرهم تصح دعواهم فان اقاموا البينة على ذلك الرجل يجب القصاص فى العمد والدية فى
الخطاء وان وافقهم الاولياء فى الدعوى على ذلك الرجل وان لم يوافقهم فى الدعوى عليه لا يجب عليه شئ لان الاولياء قد
ابرأه حيث انكروا وجود القتل منه ولا يجب على اهل المحلة شئ لانهم اثبتوا القتل على غيرهم وان لم تقم البينة وحلف ذلك
الرجل تجب القسامة على اهل المحلة الكل من البدايع والمسئلة الاخيرة مذكورة فى قاضيخان ايضا فى باب ما يبطل دعوى المدعى
ووجود اكثر البدن من القتيل او نصفه مع الرأس كوجوده كله فى محلة فتجب القسامة والدية على اهلها ولا قسامة على صبى
ومجنون لانهما ليسا من اهل القول الصحيح واليمين قول ولا على امرأة وعبد لانهما ليسا من اهل النصرة واليمين على
اهلها ولا قسامة ولا دية على احد فى حى ميت لا اثر به لانه ليس بقتيل اذ القتيل فى العرف من فاتت حيوته بسبب يباشره
حى وهذا ميت حتف انفه والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة لاحتمال القتل ثم يجب عليه القسم فلا بد ان يكون به اثر يستدل
به على كونه قتيلا او يخرج الدم من فمه او انفه او دبره او ذكره لان الدم يخرج من هذه المخارق عادة بغير فعل احد او وجد
اقل من نصفه ولو للوصل مع الرأس او وجد نصفه مشقوقا بالطول لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به فى البدن
الا ان للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمى بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجرى فيه القسامة ولانا لو اعتبرناه
يجتمع القسامتان والديتان فى حق قتيل واحد ولم يرد به شرع وان وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته
اى على عاقلة السائق دون اهل المحلة سواء كان مالكها او لم يكن لانه فى يده فصار كما اذا كان فى داره وكذا لو كان
الرجل يقودها او يركبها وان اجتمعوا اى الراكب والسائق والقائد فعليهم اى فالدية عليهم جميعا لان القتيل
فى ايديهم فصار كما اذا وجد فى دارهم وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا وجد القتيل فى الدار فان
الدية ههنا على عاقلتهم والقسامة عليهم سواء كانوا ملاكا او لم يكونوا وهناك على الملاك لا على السكان والجواب
بان العبرة فى هذا الباب للرأى والتصرف والتدبير وذلك فى الدار للمالك لان يده لا تنقطع عنها بالاجارة
والانفلات فيكون القسامة على الذى فى يده الدابة كذا فى العناية اقول ما الجواب اذا كان المالك
مع الراكب يقود الدابة او يقودها او يكون الراكب هو المالك والاخر يقود او يسوق فان اطلاق الكتاب
يشمل هذه الصورة قال الاتقانى فيما سيجئ من مسئلة السفينة لو كان صاحب السفينة معهم ينبغى ان يجب
عليه كما فى مسئلة الدار فينبغى ان يكون ههنا كذلك كذا فى حاشية سعدى چلبى وان وجد على دابة بين قريتين
فعلى اقربهما لو وجد قتيل على دابة لا سائق لها ولا قائد ولا راكب عليها فان كان ذلك الموضع ملكا لاحد فالقسامة
والدية على المالك وان كان لا مالك له فعلى اقرب المواضع اليه من حيث يسمع الصوت من الامصار والقرى
وان كان بحيث لا يسمع فهو هدر لانه اذا كان بحيث لا يسمع الصوت لا يلحقه الغوث فلم يوجد تقصير من اهل ذلك الموضع
وان وجدت الدابة فى محلة فعلى اهل تلك المحلة وان وجد فى دار نفسه فعلى عاقلته يعنى اذا وجد رجل قتيلا فى دار نفسه
فالقسامة والدية على عاقلته لورثته فى قول ابى حنيفة وعندهما لا شئ فيه وهو قول زفر والحسن بن زياد وروى عن ابى ح
مثل قولهم وجه قولهم ان القتل صادفه والدار ملكه ثم صار ملك الوارث عند الموت والموت ليس بفعل القاتل ولا
صنع لاحد فى الموت بل هو من صنع الله تعالى فلم يقتل فى ملك الورثة فلا سبيل الى ايجاب الضمان على الورثة وعاقلتهم
ولان وجوده قتيلا فى دار نفسه بمنزلة مباشرة القتل بنفسه فكانه قتل نفسه بدليل فيكون هدرا ولابى حنيفة ان
المعتبر فى القسامة وقت ظهور القتيل لا وقت وجود القتل بدليل انه لو مات قبل ذلك لا يدخل فى الدية والدار وقت ظهور

فى ... والدية ... بعد ... الى ... عنها بالاجارة

القتل لورثته فكانت القسامة والدية عليهم وعلى عواقلهم وان الدية تجب لهم وعليهم وهذا ممتنع فالجواب ممنوع انها الدية
تجب لهم بل للقتيل لانها بدل نفسه فيكون له وبدليل انه يجهز منها ويقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه ثم ما فضل عن حاجته
تستحقه الورثة لاستغناء الميت عنه والورثة اقرب الناس اليه وصار كما لو وجد الاب قتيلا فى دار ابنه او فى بئر
حفرها ابنه اليس انه تجب القسامة والدية على الابن وعلى عاقلته ولا يمتنع ذلك لما قلنا كذا هذا او ان اعتبرنا وقت وجود
القتيل فهو ممكن ايضا لانه يجب على عاقلته لتقصيرهم عن حفظ الدار فيجب عليهم الدية حقا للمقتول ثم ينتقل منه الى ورثته عند
فراغه من حاجته وذكر محمد اذا وجد ابن الرجل او اخوه قتيلا فى داره ان عليه دية ابنه ودية اخيه وان كان هو وارثه لما ذكرنا
ان وجود القتيل فى الدار كمباشرة صاحبها القتل فيلزم عاقلته ذلك للمقتول ثم يستحقها صاحب الدار بالارث ولو وجد
مكاتب قتيلا فى دار نفسه فدمه هدر لان داره وقت ظهور القتيل ليست لورثته بل هى على حكم نفسه لانه يؤدى بدل
الكتابة فصار كانه قتل نفسه فدمه هدر وان وجد فى دار انسان فعليه القسامة وعلى عاقلته الدية وان كانت العاقلة
حضورا ايدخلون فى القسامة ايضا خلافا لابى يوسف والاى وان لم تكن العاقلة حضورا تكررت القسامة عليه اعلم انه
لو وجد قتيل فى دار انسان وصاحب الدار من اهل القسامة فالقسامة والدية على صاحب الدار وعلى عاقلته لذا ذكر فى الاصل
ولم يفصل بين ما اذا كانت عاقلته حضورا او غيبا وذكر فى اختلاف زفر ويعقوب ان القسامة على رب الدار وعلى عاقلته
حضورا كانوا او غيبا وقال ابو يوسف لا قسامة على العاقلة هكذا ذكر فيه وقال الكرخى ان كانت العاقلة حضورا فى المصر دخلوا
فى القسامة وان كانت غائبة فالقسامة على صاحب الدار تكررت عليه الايمان والدية عليه وعلى عاقلته اما دخول العاقلة
فى القسامة اذا كانوا حضورا فهو قول ابى حنيفة ومحمد رحمهما وظاهر قول ابى يوسف لا قسامة على العاقلة يقتضى ان لا يدخلوا
فى القسامة وجه قول زفر انه لما لزمتهم الدية يلزمهم القسامة كاهل المحلة وغيرهم وجه قولهما ان العاقلة اذا كانوا حضورا
يلزمهم حفظ الدار ونصرتها كما يلزم صاحب الدار وكذا يتهمون بالقتل كما يتهم صاحب الدار فقد شاركوه فى سبب
وجوب القسامة فيشاركوه فى القسامة ايضا وبهذا وقع الفرق على حال الحضور والغيبة على ما ذكره الكرخى لان معنى
التهمة ظاهر الانتفاء فى الغيب وكذا معنى النصرة لانه لا يلحق ذلك الموضع نصرة من جهتهم الا انه يجب عليهم الدية لان
وجوب الدية على العاقلة لا يتعلق بالتهمة فانهم يتحملون عن القاتل المعين اذا كان صبيا او مجنونا او خاطئا وسواء
كانت الدار فيها ساكن او كانت مغلقة فوجد فيها قتيل فعلى رب الدار على عاقلته القسامة والدية اما على اصل
ابى حنيفة ومحمد فظاهر لانهما يعتبران الملك دون السكنى فكان وجود السكنى فيها والعدم بمنزلة واحدة واما ابو
يوسف فانه يوجب على الساكن لاختصاصه بالدار ولم يوجد ههنا وسواء كان الملك الذى وجد فيه القتيل خاصا
او مشتركا فالقسامة والدية على ارباب الملك لما قلنا وسواء اتفق قدر انصباء الشركاء او اختلف فالقسامة والدية
بينهم بالسوية حتى لو كانت الدار لرجلين لاحدهما الثلثان وللاخر الثلث فالقسامة عليهما وعلى عاقلتهما نصفان
ويعتبر فى ذلك عدد الرؤس لا قدر الانصباء كما فى الشفعة لان حفظ الدار واجب على كل واحد منهما والحفظ لا يختلف
وهذا تساويا فى استحقاق الشفعة لان الاستحقاق لدفع ضرر الدخيل فانه لا يختلف باختلاف قدر الملك الكل
تمام البدايع قال صاحب الهداية واذا وجد قتيل فى دار انسان فالقسامة على رب الدار وعلى قومه يعنى اذا وجد القتيل
فى دار فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات وفى القسامة روايتان ففى احديهما على صاحب الدار وفى الاخرى عليه و
على عاقلته وبهذا يندفع ما يرى من التدافع بين قوله قبل هذا وان وجد القتيل فى دار انسان فالقسامة عليه وبين
قوله ههنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه بحمل ذلك على رواية وهذا على اخرى وحكى عن الكرخى وانه كان يوفق بينهما

ويقول

ويقول الرواية التى توجبها على صاحب الدار محمولة على ما اذا كان قومه غيبا والرواية التى توجبها على قومه محمولة على ما اذا كانوا
حضورا كذا فى الذخيرة والمذكور فى الكتاب يدل على انها عليهما جميعا اذا كانوا حضورا او يوافقه رواية فتاوى العتابى
كذا فى العناية والقسامة على الملاك دون السكان وعند ابى يوسف على الجميع لابى يوسف ما روى ان النبى عليه
السلام اوجب القسامة على اهل خيبر فكانوا سكانا ولان للساكن اختصاصا بالدار كما للمالك اختصاصا
بها ملكا وبالخصوص تكفى لوجوب القسامة ولهما ان المالك اخص بحفظ الموضع ونصرته من السكان لان اختصاصا
اختصاص ملك وهو اقوى من اختصاص اليد الا ترى ان السكان يسكنون زمانا ثم ينتقلون واما ايجاب
القسامة على يهود خيبر فممنوع انهم كانوا سكانا بل كانوا ملاكا فانه روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اقرهم
على املاكهم ووضع الجزية على رؤسهم وما كان يؤخذ منهم كان يؤخذ على وجه الجزية لا على سبيل الاجرة وهى اى القسامة
على اهل الخطة بكسر الخاء مأخوذة من الخط الذى خطه السلطان وبين لكل من عسكره المكان فاهل الخطة اصحاب
الاملاك القديمة الذين كانوا تملكوها حين فتح الامام وقسمها بين الغانمين ليتميز انصباؤهم ولو للوصل بقى واحد
منهم اى من اهل الخطة دون المشترين هذا عند ابى حنيفة ومحمد ايضا وعنده اى عند ابى يوسف على المشترين ايضا
اى على اهل الخطة والمشترى جميعا لان القسامة وجبت بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ فيستوى اهل الخطة والمشترون
لاستوائهم فى الملك ولهما ان اهل الخطة اخص بنصرة البقعة وتدبير ما وهى تنسب اليهم لا الى المشترين والحكم يتعلق
بالاخص فكان المشترى معهم كالاجنبى وقيل ان ابا حنيفة بنى الجواب على ما شاهد بالكوفة وكان التدبير فى المحلة الى اهل الخطة
دون المشترين وابو يوسف رأى التدبير الى الاشراف من اهل المحلة كانوا من اهل الخطة او لا فبنى الجواب على ذلك فعلى هذا
لم يكن بينهم خلاف فى الحقيقة لان كل واحد منهما عول على معنى الحفظ والنصرة وان لم يبق فى المحلة من اهل الخطة احد بان باعوا
كلهم وكان فى المحلة ملاك وسكان فعلى المشترين اى فالقسامة والدية على الملاك المشترين لا على السكان عند ابى حنيفة وعليهما
عند ابى يوسف وقد مر ذلك آنفا كذا فى البدايع وان بيعت دار ولم تقبض فعلى البايع وعندهما على المشترى وفى البيع
الخيار على ذى اليد وعندهما على من يصير الملك له اجمعوا على وجوب الضمان عند وجود القتيل يتعلق بولاية الحفظ لانه ضمان
ترك الحفظ ثم اختلفوا فقال ابو حنيفة ولاية الحفظ باليد والملك فاذا وجد احدهما تقع الخلاف وان كان لاحدهما
الملك وللاخر اليد كان اعتبار اليد عنده اولى لان القدرة الحقيقية تثبت بها وعندهما اعتبار الملك اولى وعلى هذا
اذا اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فاما ان يكون البيع باتا او فيه الخيار فان كان الاول فالدية
على عاقلة البايع وان كان الثانى فهو على عاقلة من هو فى يده عنده واما عندهما فان كان الاول فعلى عاقلة المشترى
وان كان الثانى فعلى الذى يصير له لانه انما انزل قاتلا باعتبار التقصير فى الحفظ ولا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية
تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية فى هذا الموضع على عاقلة صاحب الدار دون المودع لعدم ملكه وان كان له يد
والملك للمشترى قبل القبض فى البيع البات وفى المشروط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كما فى صدقة الفطر وله ان القدرة
على الحفظ باليد لا بالملك الا ترى انه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد وفى البيع البات
اليد للبايع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار لاحدهما قبل القبض لانه دون البات ولو كان المبيع فى يد المشترى
والخيار له فهو اخص الناس به تصرفا ولو كان الخيار للبايع فهو فى يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فيعتبر
يده اذ بها يقدر على الحفظ فان قيل ما الفرق لابى حنيفة بين الجناية وصدقة الفطر فانه يعتبر البتة الملك دون اليد
والجواب ان صدقة الفطر مؤنة الملك فكانت على المالك والجناية موجبة للضمان بترك الحفظ وهو انما يتحقق

باليد لما ذكر من الدليل ولا الذي عاقلة ذي اليد الا بحجة انها في يده يعني اذا انكرت العاقلة كون الدار لذي اليد وقالوا انها
وديعة او عارية او مستأجرة لم تعقل العاقلة حتى تشهد الشهود انها للذي في يده لانه لا بد من الملك لصاحب اليد
واليد وان كان دليلا على الملك ولكنها محتملة فلا تكفي لايجاب الدية على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به في الدار
المشفوعة ولا يختلج في وهمك صورة تناقض عدم الاكتفاء باليد مع ما تقدم ان الاعتبار عند ابي حنيفة لليد لا ان اليد المعتبرة
عنده هي التي تكون بالاصالة والعاقلة تنكر ذلك فلا بد من اقامة البينة كذا في العناية وان وجد في دار مشتركة نصفها
لرجل وعشرها لرجل وباقيها لآخر فالقسامة والدية على الرؤس لان صاحب القليل
يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ فتكون على عدد رؤس الرجال بمنزلة الشفعة وان وجد في
سفينة فعلى من فيها من الملاحين والركاب لانها في ايديهم فالمالك وغير المالك في ذلك سواء وهذا ظاهر على قول
ابي يوسف في ايجاب القسامة والدية على الملاك والسكان جميعا واما على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما فلا بد من الفرق
بين السفينة وبين الدار والمحلة والفرق ان السفينة تنقل وتحول من مكان الى مكان فيعتبر فيها اليد دون الملك
كالدابة اذا وجد عليها قتيل بخلاف الدار والمحلة فانهما لا تقبل التحويل فيعتبر فيهما الملك ما امكن الا اليد وكذلك العجلة حكمها
حكم السفينة لانها تنقل وان وجد في مسجد محلة فعلى اهلها لان التدبير فيه اليهم وان وجد بين قريتين فعلى اقربهما
ذكر في الاصل في قتيل وجد بين قريتين انه يقاس الى اقربهما لما روي عن سعيد الخدري ان رسول الله عليه السلام امر
ان يذرع بين قريتين وجد بينهما قتيل وكذلك روي عن عمر في قتيل وجد بين وادعة وارحب وكتب اليه عامله
بذلك فكتب اليه عمر رضه ان قس بين القريتين فايهما اقرب فذرعوا فوجد القتيل الى وادعة اقرب فقضى على
اهلها بالقسامة والدية وكل ذلك محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ الصوت من الموضع الذي وجد فيه القتيل الى القرية
كذا ذكره محمد في الاصل حكاه الكرخي والفقه ما ذكرنا انه اذا كان بهذه الصفة يلحقها الغوث فيمكنهم النصرة وقد قصروا فيجب
عليهم الضمان وان وجد في سوق مملوك لاحد فعلى المالك اي فالقسامة والدية على مالك السوق عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما
دون السكان وعند ابي يوسف على السكان يعني سواء كان السكان ملاكا او غير ملاك وقد عرفت وجه الكل وان
وجد في سوق غير مملوك لاحد كالشوارع العامة التي يكون مرور جميع الناس فيها على السواء كالطرق الواسعة في الاسواق
وخارج البلدان واخص منها شارع المحلة وهو ما يكون المرور فيه اكثر لاهل المحلة وقد يكون لغيرهم واخص منه طريق عام
وهو ما لا يختص بواحد او اكثر ويكون له مدخل ومخرج ايضا واخص منه طريق خاص وهو ما يختص بواحد او اكثر ويكون له مدخل لا مخرج
فالقسامة والدية في الطرق الثلاثة الاخيرة على اهلها لان الحفظ عليهم والتدبير اليهم فيضمنون بالتقصير واما في غير
المملوك من السوق والشارع الاعظم فلا قسامة لانها للتهمة وهي لا يتصور في حق العامة والدية على بيت المال
وكذا ان وجد في المسجد الجامع قال صاحب البدائع ولا قسامة في قتيل يوجد في مسجد الجامع ولا في شوارع العامة
ولا في جسور العامة لانه لم يوجد الملك ولا يد الخصوص وتجب الدية على بيت المال لانه تدبير هذه المواضع ومصلحتها الى العامة
فكان حفظها عليهم فاذا قصروا ضمنوا وبيت المال مالهم فيؤخذ من بيت المال وكذلك لا قسامة في قتيل يوجد في
سوق العامة وهي السوق التي ليست بمملوكة وهي سوق السلطان لانها اذا لم تكن مملوكة وليست لاحد عليها
يد الخصوص كانت كالشوارع العامة لان سوق السلطان لعامة المسلمين فلا تجب القسامة وتجب الدية لان
حفظها والتدبير فيها الى جماعة المسلمين فيضمنون بالتقصير ومال بيت المال مال عامة المسلمين فيؤخذ منه وكذا
اذا وجد في مسجد جماعتهم لا قسامة والدية على بيت المال لانه لا ملك لاحد فيه ولا يد الخصوص ويد العموم توجب الدية

لا القسامة

لا القسامة انتهى قال صاحب الهداية وان لم يكن السوق مملوكا كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال
لانه لجماعة المسلمين انتهى قال في النهاية وانما اراد به ان يكون نائيا عن المحال اما الاسواق التي تكون في المحال فهي محفوظة
بحفظ اهل المحلة فيكون القسامة والدية على اهل المحلة كذا في السوق النائية اذا كان فيها من يسكنها في الليالي او كان
لاحد فيها دار مملوكة تكون القسامة والدية عليه لانه يلزمه صيانة ذلك الموضع فيوصف بالتقصير فيجب موجب التقصير
عليه كذا في مبسوط شيخ الاسلام وفي المنتقى اذا وجد قتيل في صف من السوق فان كان اهل ذلك يبيتون في حوانيتهم
فدية القتيل عليهم وان كانوا لا يبيتون في حوانيتهم فالدية على الذين لهم ملك الحوانيت كذا في الكفاية وكذا اي الدية
على بيت المال عند ابي حنيفة ومحمد ان وجد في السجن وعند ابي يوسف القسامة والدية على اهل السجن لانهم سكان وولاية
التدبير اليهم والظاهر ان القتل حصل منهم ولهما ان اهل السجن ليس لهم ملك فيه ولا يد الخصوص بل هم مقهورون فيه
فلا تدبير ولا تناول لهم فيه فلا يتعلق بهم ما يجب لاجل النصرة وتجب الدية على بيت المال لان يد العموميات ثابتة عليه لان منفعة
السجن لعامة المسلمين لانه بني لاستيفاء حقوقهم ودفع الضرر عنهم ويد العموم توجب الدية لا القسامة وان وجد
في برية غير مملوكة وليس بقربه قرية يسمع منها الصوت فهو هدر اعلم ان من شرائط وجوب القسامة والدية ان يكون
الموضع الذي وجد فيه القتيل ملكا لاحد او في يد احد فان لم يكن ملكا لاحد ولا في يد احد فلا قسامة ولا دية وان كان
في يد احد يد العموم لا يد الخصوص وهو ان يكون التصرف فيه لعامة المسلمين لا لواحد منهم ولا لجماعة يحصون لا تجب
القسامة وتجب الدية وانما تجب بترك الحفظ اللازم كما مر واذا لم يكن في ملك احد ولا في يد احد لا يلزم احدا حفظه فلا تجب
القسامة والدية واذا كان في يد العامة فان حفظه على العامة لا سبيل لايجاب القسامة على العامة لتعذر الاستيفاء
من الكل وامكن ايجاب الدية على الكل لامكان الاستيفاء من الكل بالاخذ من بيت المال لان بيت المال مالهم
فكان الاخذ من بيت المال استيفاء منهم وعلى هذا يخرج ما اذا وجد القتيل في فلاة من الارض ليس بملك لاحد
انه لا قسامة فيه ولا دية اذا كان بحيث لا يسمع الصوت من مصر من الامصار ولا من قرية من القرى فان كان بحيث يسمع الصوت
تجب القسامة على اقرب المواضع منه فان كان اقرب الى القرى فعلى اقرب القرى وان كان اقرب الى المصر فعلى اقرب محال
المصر اليه لانه اذا كان بحيث لا يسمع الصوت لا يلحق الغوث ذلك الموضع فلم يكن ذلك الموضع في ملك احد ولا في يد احد
اصلا فلم يوجد القتيل في ملك احد ولا في يد احد اصلا فلا تجب فيه القسامة والدية واذا كان بحيث يسمع الصوت فالغوث يلحق
فكان من توابع اقرب المواضع اليه وقد ورد باعتبار القرب حديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقضى به عمر رضه
كما مر وكذا لو في وسط الفرات يعني لو وجد في نهر عظيم كالفرات ودجلة وسيحون ونحوها فان كان النهر يجري فلا قسامة
ولا دية لان النهر العظيم ليس ملكا لاحد ولا في يد احد وقال زفر على اقرب القرى من ذلك الموضع كما اذا وجد على الدابة وهي تسير
وليست في يد احد وهذا القياس ليس بسديد لان الموضع الذي تسير فيه الدابة تابع لاقرب المواضع اليه وكان في يد اهله
بخلاف النهر الكبير فانه لا يدخل تحت يد احد لا بالاصالة ولا بالتبعية وان كان النهر لا يجري به ولكنه كان محتبسا بالشط او
مربوطا على الشط او ملقى على الشط فان كان الشط ملكا لاحد فحكمه حكم الارض المملوكة والدار المملوكة اذا وجد فيها قتيل
وقد مر ذلك وان لم يكن الشط مملوكا لاحد ولا في يد احد فعلى اقرب القرى منه اي فالقسامة والدية على اقرب المواضع اليه
من الامصار والقرى من حيث يسمع الصوت الكل من البدائع قالوا هذا اذا كان موضع انبعاث الماء في دار الحرب
لانه اذا كان كذلك فقد يكون هذا قتيل اهل دار الحرب واما اذا كان موضع انبعاث الماء في دار الاسلام فتجب الدية
في بيت المال لان موضع الانبعاث في ايدي المسلمين فسواء كان قتيل مكان الانبعاث او مكان آخر دون ذلك فهو قتيل

المسلمين فتجب الدية في بيت المال كذا في العناية وانما كانت على اهل اقرب المواضع منه لانهم اخص بهم من غيرهم الا يرى انهم يشربون منه ويوردون عليه دوابهم فكانوا اخص بنصرته فتجب عليهم كاهل المحلة ولو وجد في نهر صغير مما يقضي فيه بالشفعة فعلى عاقلة ارباب النهر لانه مملوك لهم فيهم اخص به من غيرهم فيتعلق بهم ما يؤخذ فيه كالدور والسوق المملوك كذا في الاختيار
وان التقى قوم بالسيوف ثم اجلوا عن قتيل اي انكشفوا عنه وانفرجوا فعلى اهل هذه المحلة التي وجد القتيل فيها او نحوها لان حفظ المحلة عن مثل ذلك واجب عليهم فاذا لم يعرف من باشره جعل عليهم القسامة والدية الا ان يدعي وليه على اولئك القوم الذين التقوا بالسيوف لا على اهل المحلة او على بعض معين منهم فتسقط عنهم اي عن اهل المحلة لان هذه الدعوى تضمنت براءة اهل المحلة عن القسامة ولا تثبت على القوم الا بحجة لان بمجرد الدعوى لا يثبت الاستحقاق عند انكار المدعى عليه لما روينا في اول باب القسامة وهو الحديث المشهور واراد قوله عليه السلام لو اعطي الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم واموالهم لكن البينة على المدعي واليمين على من انكر ولو وجد في معسكر اقاموا بارض فلاة غير مملوكة لاحد ولا في يد احد فان وجد في خباء وهو خيمة من الصوف او فسطاط وهو الخيمة العظيمة فعلى ربه اي القسامة والدية على رب الخباء او الفسطاط من القتيل اعتبارا لليد عند انعدام الملك قيل هذا اذا نزلوا قبائل قبائل متفرقين اما اذا نزلوا مختلطين فالدية والقسامة عليهم وان كانوا قد قاتلوا عدوا اي ولو كان القوم لقوا مقاتلين ووجد قتيل بين اظهرهم فلا قسامة ولا دية لان الظاهر ان العدو قتله فكان هدرا وههنا يحتاج الى ذكر الفرق بين هذه وبين المسلمين اذا اقتتلوا عصبية في محلة فاجلوا عن قتيل فان عليهم القسامة والدية كما عرفنا لو اني ذلك ان القتال اذا كان بين المسلمين والمشركين في مكان في دار الاسلام ولا يدرى ان القاتل من ايهم يرجح احتمال قتل المشركين حملا لامر المسلمين على الصلاح في انهم لا يتركون الكافرين في مثل ذلك الحال ويقتلون المسلمين واما في المسلمين من الطرفين فليس ثم جهة الحمل على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين فبقي حال القتيل مشكلا فاوجبنا القسامة والدية على اهل ذلك المكان لورود النص باضافة القتيل اليهم عند الاشكال وكان العمل بما ورد فيه النص اولى عند الاحتمال من العمل بالذي لم يكن كذلك كذا في العناية وان كان الارض التي فيها العسكر مملوكة فالعسكر كالسكان والقسامة على الملاك لانهم اخص بنصرة تلك الارض وحفظها لا عليهم اي لا على العسكر على اصل ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله واما لابي يوسف فان على اصله القسامة على الملاك والسكان جميعا وقد عرفت وجه الكل ومن جرح في قبيلة ثم نقل الى اهله ولم يزل ذا فراش حتى مات فالقسامة على القبيلة عند الامام وعند ابي يوسف لا شيء فيه يعني من جرح في محلة ولم يعلم الجارح فانه لو علم سقط القسامة بل فيه القصاص على الجارح ان كان عمدا والدية على العاقلة اذا كان خطاء فاذا لم يعلم الجارح فاما ان يصير صاحب فراش حين جرح او يكون صحيحا حينئذ بحيث يجيء ويذهب فان كان الثاني فلا ضمان فيه بالاتفاق وان كان الاول ففيه القسامة والدية على اهل تلك المحلة عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف لا شيء عليهم وهو قول ابن ابي ليلى لهما ان المجروح اذا لم يمت في المحلة كان الحاصل في المحلة ما دون النفس ولا قسامة فيما دون النفس كما لو وجد مقطوع اليد في المحلة ولابي حنيفة ان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص فانه اذا كان صاحب فراش حتى مات فعلم انه مات من الجراحة فعلم ان الجراحة حصلت قتلا من حين وجودها فكان قتيلا في ذلك الوقت كانه مات في المحلة بخلاف ما اذا لم يصر صاحب فراش فانه لم يعلم ان الموت حصل من الجراحة فلم يوجد قتيلا في المحلة فلا يثبت حكمه ولو كان مع الجريح رجل يحمل اي حمله آخر الى اهله فمكث يوما او يومين ومات في اهله فلا ضمان على الرجل الذي حمله عند ابي يوسف وفي قياس قول الامام يضمن لان يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحا في يده كوجوده فيها كذا في الهداية وقال في البدائع وقال ابو يوسف في قياس قول ابي حنيفة يضمن ووجه القياس ان الحامل قد ثبتت يده عليه مجروحا فاذا مات من

الجرح

الجرح فكانه مات في يده وهذا التفريع على من جرح في قبيلة فتحمل الى قبيلة اخرى فمات فيهم وقد ذكرنا ذلك ولو ان رجلين كانا في بيت ليس معهما ثالث فوجد احدهما مذبوحا ضمن الآخر ديته عند ابي يوسف خلافا لمحمد وقال محمد لا ضمان عليه لانه يحتمل انه قتله صاحبه ويحتمل انه قتل نفسه فلا يجب الضمان بالشك ولابي يوسف ان الظاهر انه قتله صاحبه لان الانسان لا يقتل نفسه ظاهرا وغالبا فاحتمال خلاف الظاهر ملحق بالعدم الا ترى ان مثل هذا الاحتمال ثابت في قتيل المحلة ولم يعتبر فكذا هذا ولو وجد القتيل في قرية مملوكة لامرأة او في دار لها لا يكون بها غيرها كررت اليمين عليها الى تمام الخمسين والدية على عاقلتها عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف تجب على عاقلتها اقرب القبائل اليها في النسب القسامة ايضا اي كما يكون الدية على عاقلتها لان لزوم القسامة على من له لزوم النصرة والمرأة ليست من اهل النصرة لضعف بنيتها ولهذا لا تدخل في القسامة فيما يوجد في المحلة فلا تجب عليها القسامة كالصبي ولهما ان سبب الوجوب على المالك هو الملك مع الاهلية للقسامة وقد وجد في حقها اما الملك فثابت لها واما الاهلية فلان القسامة ايمان وهي لنفي تهمة القتل وهي من المرأة متحققة وانها من اهل اليمين الا ترى انها تستحلف في سائر الحقوق ومعنى النصرة يراعى وجوده في جنس النصرة لا في كل فرد كالمشقة في السفر قال المتأخرون من اصحابنا والمرأة تدخل في التحمل مع العاقلة في هذه المسألة اختلفوا في ان المرأة هل تدخل مع العاقلة ام لا ذكر الطحاوي انها لا تدخل واصحابنا قالوا ان المرأة تدخل مع العاقلة في الدية في هذه المسألة وانكروا على الطحاوي قوله وقالوا ان القاتل يدخل في الدية بكل حال ويدخل في القسامة والدية والاعمى والمحدود في القذف والكافر لانهم من اهل الاستحلاف والحفظ كذا في البدائع وقوله في هذه المسألة يشير الى انها لا تدخل في غير هذه الصورة على ما يجيء في المعاقل وانما دخلت في هذه الصورة لانها نزلت قاتلة تقديرا حيث دخلت في القسامة فكما دخلت فيها دخلت في العقل ايضا بخلاف غيرها من الصور فانها لا تدخل فيها في القسامة بل تجب على الرجال فلا تدخل في العقل ايضا ولو وجد في ارض رجل في جنب قرية ليس صاحب الارض الذي هو هذا الرجل منها اي من تلك القرية فهو اي ضمان هذا القتيل على صاحب الارض لانه احق بنصرة ارضه من اهل القرية لان الحفظ والتدبير في الارض الى صاحب الارض لا الى اهل القرية **فروع** ولا قسامة ولا دية في قن وام ولد او مدبر او مكاتب ومأذون وجد قتيلا في دار مولاه لانه ملكه ووجوده في داره قتيلا كمباشرة القتل منه وقتل المملوك لا يتعلق به ضمان الا ان في المكاتب تجب على المولى قيمته لان المولى فيما يرجع الى كسبه وارش جنايته كالاجنبي ولا تعقله العاقلة لانه صار مضمونا بعقد الكتابة والعقد يثبت في حق المولى والمكاتب لا في حق العاقلة وفي المأذون عليه قيمته لغرمائه وتكون حالة في ماله لان هذا ليس ضمان النفس لان نفسه ملك المولى بل هذا ضمان المال لتعلق حق الغرماء بماليته فكان هذا ضمان الاستهلاك فيكون في ماله وحالة لا مؤجلة كما لو استهلكه بالاعتاق وان لم يكن عليه دين لا شيء فيه وكذلك ان قتله عمدا وكذلك لو كان العبد جنى جناية ثم وجد قتيلا في دار مولاه فعلى المولى قيمته حالة وكذلك ان قتله خطاء وهو لا يعلم جنايته لما قلنا ولو وجد العبد الرهن قتيلا في دار الراهن فلا قسامة فيه والدية على رب الدار دون العاقلة لانه ملكه وقتل الانسان ملكه لا يوجب الضمان عليها وانما يوجب الضمان بعقد الرهن والملك يثبت في حق الراهن والمرتهن لا في حق العاقلة فلا يلزم حكمه العاقلة وان وجد في دار المرتهن فالقسامة والقيمة على عاقلته لان هذا الضمان لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية لان وجوده في داره قتيلا وثمة القسامة والقيمة كذا ههنا كذا في البدائع

كتاب المعاقل

لما كان موجب القتل الخطاء وما في معناه الدية على العاقلة لم من معرفتها بذكره واحكامها في هذا الكتاب لكن الاولى ان يقال العواقل لان العاقل لما كان جمع معقلة بمعنى الدية كما قال هو كان كانه قال كتاب الديات فصار تكرارا والعواقل جمع عاقلة وهي من يتحمل الدية فهذا هو المناسب ههنا كما لا يخفى وهي اي المعاقل جمع معقلة بفتح

الميم وسكون العين وضم القاف بمعنى العقل فالدية فسميت الدية بالعقل لانها تعقل الدماء من ان تسفك اى تمسك من ان تراق ومنه العقل لانه يمنع القبائح وهي اى المعقلة الدية والعاقلة من يؤديها اذ هم الذين يقسم عليهم دية القتيل خطاء وما فى حكمه وهم اى العاقلة اهل الديوان بالكسر ويفتح اصله الواو كتاب فيه اسامى اهل الجيش واهل العطا ذكره فى القاموس قال صاحب الاختيار اهل الديوان هم الذين لهم رزق فى بيت المال وفى زماننا هم اهل العسكر لكل راية ديوان على حدة وفى العناية الديوان الجريدة من دون الكتب اذا جمعها لانها قطع من القراطيس مجموعة ويروى ان عمر رضه اول من دون الدواوين اى رتب الجرائد للولاة والقضاة ويقال فلان من اهل الديوان اى ممن اثبت اسمه فى الجريدة ان كان القاتل منهم اى من اهل الديوان وهذا عندنا وقال الشافعى العاقلة اهل العشيرة لان الدية كانت على اهل العشيرة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا نسخ بعده ولانه صلة فالاولى بها الاقارب كالارث والنفقة ولنا ان العرب وان كانوا يتناصرون باسباب منها القرابة ومنها ولاء العتاقة ومنها الحلف بكسر الحاء وهو العهد بين القوم ومنه قولهم تحالفوا على التناصر والمراد ولاء الموالاة ومنها العد وهو ان يكون الرجل معدودا من القوم وان لم يكن من قبيلتهم ويقولوا على ذلك اى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا انه لما جاء عمر رضه ودون الدواوين صار التناصر بالدواوين فاهل كل ديوان ينصر بعضهم بعضا وان كانوا من قبائل متفرقة وقد صح ان عمر رضه فرض العقل على اهل الديوان بمحضر من الصحابة من غير نكير منهم فكان اجماعا منهم وهو على وفاق ما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم لانا علمنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالدية على العشيرة باعتبار النصرة فلم يكن هذا نسخا بل كان اتباعا للمعنى فعاقلة الرجل اهل ديوانه وان كان من الغزاة فالغزاة وان كان من الكتاب فالكتاب وهكذا حتى قالوا لو كان قوم يتناصرون بالحرف فعاقلتهم اهل الحرفة كما سيأتى ثم الدية صلة كما قال الشافعى لكن ايجابها فيما يصل اليهم صلة وهو العطاء اولى من ايجابها فى اصول اموالهم لانها اخف وما تحملت العاقلة الا للتخفيف والى ذلك اشار بقوله يؤخذ من عطاياهم العطاء اسم ما يعطى والجمع عطية والعطايا جمع عطية وهى بمعنى العطاء ثم الفرق بين العطاء والرزق والكفاية ان العطاء ما فرض لانسان فى بيت المال كل سنة لا للحاجة والرزق ما فرض له بقدر حاجته والكفاية ما فرض له كل شهر او يوم ما يكفيه ذكره فى الكرمانى وفى المغرب الرزق ما يخرج للجندى على رأس كل شهر وقيل يوما بيوم والمرتزقة الذين يأخذون الرزق يوما بيوم وان لم يثبتوا فى الديوان وفى الكرخى العطاء ما يفرض للمقاتلة والرزق ما لغيرهم من فقراء المسلمين كذا فى الظهيرية فى ثلاث سنين هكذا روى عن النبى عليه السلام ويحكى عن عمر رضه ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج فى كل سنة مرة واحدة وانما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلى المثل لان ضمان المتلفات انما يكون بالمثل بالنص ومثل النفس بالنفس الا انه اذا رفع الى القاضى وتحقق العجز عن استيفاء النفس لما فيه من معنى العقوبة تحول الحق الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداء من وقت القضاء كما فى ولد المغرور فان قيمته انما يكون بقضاء القاضى وان كان رد عينه قبل القضاء متعذرا لكن جعل الواجب والعين يتحول الى القيمة بالقضاء لما تحقق العجز عن رد العين ولهذا لو هلك الولد قبل القضاء لم يضمن المغرور شيئا فان خرجت ثلاث عطايا يعنى حصلت بعد القضاء بالدية فى ثلاث سنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت فى السنين الماضية قبل القضاء بالدية ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء فى اقل من ثلاث سنين او فى اكثر منها اخذ منها لحصول المقصود لما عرفت انها انما وجبت فى العطاء تخفيفا فاذا حصل فى اى وقت وجد المقصود فيؤخذ منه فاذا تأخر خروج العطاء لم يطالبوا بشئ فاذا وجب جميع الدية فى ثلاث سنين كان كل الثلث فى سنة فاذا وجب الثلث فما دونه كان فى سنة وما زاد على الثلث الى الثلثين فى سنتين وما زاد على تمام الدية

فى السنة

فى السنة الثالثة ذكره فى الاختيار والهداية ومن لم يكن منهم اى لم يكن الجانى من اهل الديوان فعاقلته اى الجانى قبيلته وهم بنو اب واحد لما روى ان النبى عم اوجب الدية على عصبة القاتل ولان تناصرهم بالقرب يؤخذ منهم فى ثلاث سنين من كل واحد ثلاثة دراهم او اربعة دراهم كل سنة درهم او درهم وثلث درهم لا ازيد هو الصحيح وفى الهداية وهو الاصح لان الاصل فيها التخفيف وتجب صلة فقدروه فى كل سنة بالدرهم لانه اقل المقدرات او يزاد ثلث درهم وهو الحد ذكره فى الاختيار ونص على ذلك محمد فى المبسوط وقيل يؤخذ فى كل سنة ثلاثة دراهم او اربعة ذكره القدورى والاول هو الصحيح ذكره فى المضمرات وان لم تتسع القبيلة لذلك بان يكونوا قلائل فيصير حصة كل عاقل اكثر من ثلاثة دراهم او اربعة ضم اليهم اقرب القبائل نسبا تحرزا عن الاجحاف وتحقيقا لمعنى التخفيف قالوا هذا الجواب انما يستقيم فى حق العرب لان العرب حفظت انسابهم فامكننا ايجاب العقل على اقرب القبائل نسبا فبعد ذلك اختلف المشايخ فقال بعضهم يعتبر الحال والقرب فالاقرب فالاقرب وقال بعضهم يجب الباقى فى مال الجانى ذكره فى العناية فيضم اليهم الاقرب فالاقرب على ترتيب العصبات الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم واما الابناء والآباء فقيل يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون لان الضم لدفع الحرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر من ثلاثة او اربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والآباء والابناء لا يكثرون وعلى هذا حكم الرايات اذا لم يتسع لذلك اهل راية ضم اليهم اقرب الرايات نصرة اذا حزبهم امر الاقرب فالاقرب ويفوض ذلك الى الامام لانه هو العالم به ثم هذا كله عندنا وقال الشافعى يجب على كل واحد نصف دينار فيسوى بين الآباء والابناء وغيرهم لانه صلة تجب على العاقلة على سبيل المواساة فيعتبر بالزكوة وادناها ذلك لان خمسة دراهم عندهم نصف دينار ولكنا نقول الدية احط رتبة من الزكوة الا ترى انه لا يؤخذ من اصل المال فتنقص منها تحقيقا لزيادة التخفيف وان كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق يقضى بالدية فى ارزاقهم فى ثلاث سنين فى كل سنة الثلث لان الرزق فى حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه اذ كل منهما صلة من بيت المال ثم ينظر ان كان ارزاقهم تخرج فى كل سنة فكما خرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء ولو كان يخرج فى ستة اشهر وخرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية وان كان يخرج فى كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى فى كل سنة مقدار الثلث وان خرج بعد القضاء بيوم او اكثر اخذ من رزق ذلك الشهر وان كانت لهم ارزاق فى كل شهر واعطية فى كل سنة فرضت الدية فى الاعطية دون الارزاق لانه ايسر اما لان الاعطية اكثر او لان الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الاداء منه والاعطيات ليكونوا فى الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم كذا فى الهداية قال فى الاختيار فان الرزق يكون بقدر الكفاية لكل شهر ولكل يوم فيشق عليهم الاخذ منه واما العطاء فيكون فى كل سنة بقدر عنائه واحتياجه فى الحروب لا الى حاجته فكان الاخذ منه اسهل كذا فى الاختيار ولا يعقل اهل مصر عن اهل مصر آخر اذا كان لاهل مصر ديوان على حدة لان التناصر بالديوان عند وجوده ولو كان باعتبار القرب فى السكنى فاهل مصره اقرب اليه من اهل مصر آخر ويعقل اهل كل مصر من اهل سوادهم لانهم اتباع لاهل المصر فانهم اذا حزبهم امر استنصروا بهم فيعقلهم اهل المصر باعتبار معنى القرب والنصرة ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه اهل الكوفة لانه يستنصر باهل ديوانه لا بجيرانه والحاصل ان الاستنصار بالديوان اظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصرة بالنسب كذا فى الهداية والقاتل كاحدهم لانه هو الفاعل فلا معنى لاخراجه وهو اخذه غيره وقال الشافعى لا يجب على القاتل شئ من الدية اعتبارا للجزء بالكل فى النفى عنه والجامع كونه معذورا قلنا ايجاب الكل اجحاف به ولا كذلك ايجاب الجزء ولو كان الخاطئ معذورا فالبرئ عنه اولى قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى ثم دخول القاتل مع العاقلة اذا كان القاتل من اهل الديوان اما اذا لم يكن فلا شئ عليه من الدية عندنا ايضا وان كان القاتل ممن يتناصرون بالحرف

من العطاء صح

او بالحلف فعاقلته اهل حرفته في الاول او اهل حلفه في الثاني لما عرفت ان المعنى فيه هو التناصر وعاقلة المعتق بفتح
التاء مولى الموالاة مولاه وعاقلته لقوله عليه السلام مولى القوم منهم ولان نصرته بهم وولاء الموالاة ولاء يتناصر به
فاشبه ولاء العتاقة وعاقلته وفيه خلاف الشافعي وعاقلة ولد الملاعنة عاقلة امه لان نسبه اليهم فينصرونه فان ادعاه
الاب بعد ما عقلوا اي عاقلة الام عنه اي عن ولد الملاعنة رجعوا اي عاقلة الام على عاقلته اي عاقلة الاب بما غرموا
لانه ظهر ان الدية كانت واجبة على عاقلة الاب حيث اكذب نفسه وبطل اللعان وثبت نسبه منه فقوم الام تحملوا
مضطرين عن قوم الاب ما كان عليهم فيرجعون به عليهم في ثلاث سنين من حين قضى لعاقلة الام على عاقلة الاب
كذا في الاختيار وانما تعقل العاقلة ما وجب بنفس القتل يعني ابتداء لا المعنى يحدث من بعد ولهذا لو قتل ابنه عمدا تجب الدية
في ماله في ثلاث سنين بخلاف بدل الصلح عن القصاص فانه يجب حالا لانه ما وجب بنفس القتل والاصل في ايجاب الدية على
العاقلة بالخطاء وشبه العمد قوله عليه السلام لاولياء الضاربة قوموا فدوه فقاله حين ضربت امرأة بطن امرأة فالقت
جنينا ميتا فرفعوا الامر اليه عليه السلام فلا تعقل جناية عمد ولا ما لزم بصلح او اعتراف من الجاني روي عن عمر رضه موقوفا
وموقوفا لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا اعترافا ولا صلحا ولا ما دون ارش الموضحة وعن ابن عباس مثله وارش
الموضحة نصف عشر بدل النفس ولان التحميل على العاقلة انما كان تحرزا عن الاجحاف وهو في الكثير دون القليل والقدر
الفاصل بينهما ما ورد الشرع وهو ما ذكرنا الآن يصدقوه قال ابو عبيد اختلفوا في تاويل قوله عليه السلام لا تعقل العواقل
عمدا ولا عبدا فقال لي محمد بن الحسن انما معناه ان يقتل العبد حرا فليس على عاقلة مولاه شيء من جناية عبده انما جنايته
في رقبته اي يدفعه الى المجني عليه او يفديه ثم قال وهذا قول ابي حنيفة وقال ابن ابي ليلى انما معناه ان يكون العبد يجني
عليه يقتله حر او يجرحه يقول فليس على عاقلة الجاني شيء انما ثمنه في ماله خاصة لانه ثبت بتصادقهم والامتناع كان
لحقهم ولهم ولاية على انفسهم ومن اقر بقتل خطاء ولم يرفعوا الامر الى القاضي الا بعد سنين قضى عليه بالدية في ماله
في ثلث سنين من يوم يقضي لان التاجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت بالاقرار اولى ولو
تصادق القاتل وولي الجناية على ان قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شيء على
العاقلة لان تصادقهما ليس بحجة عليهم ولم يكن عليه شيء في ماله لان الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما
حجة في حقهما بخلاف الاقرار والصلح حيث لم يوجد تصادقهما بقضاء الدية على العاقلة فتجب في مال المقر والمصالح ضرورة الا
ان يكون له عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر نصيبه لانه في حق حصته مقر على نفسه وفي حق العاقلة مقر عليهم ولا اقل من نصف
عشر الدية لما رويناه ولان القصاص لا يجب في عمده ولا يتقدر ارشه فصار كضمان الاموال قيل هذا اذا كانت الجناية
فيما دون النفس واما بدل النفس فتتحمله العاقلة وان كان اقل من نصف العشر الا يرى ان القتلة اذا كانت مائة
كانت الدية على عاقلتهم وان كان يصيب كل واحد منهم مائة درهم لانها بدل النفس وكذلك من قتل عبدا قيمته
مائة او خمسون درهما فانه تتحمله العاقلة لان تحمل بدل النفس ثابت بالنص والتحمل فيما دون النفس ثابت بعلة النص
فلا يعتبر للتحمل فيما دون النفس مقدار لم يوجد في التحمل لا النص ولا علته فيجب في ماله كذا في العناية بل ذلك على الجاني ه
والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعي والتسوية في ان لا يجب
شيء على العاقلة الا انا تركناه بما رويناه وبما روي انه عليه السلام اوجب ارش الجنين على العاقلة وهو نصف عشر
بدل الرجل على ما مر في الديات فما دونه يسلك به مسلك الاموال لانه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا
كان في مال الجاني اخذا بالقياس ولا مدخل للنساء والصبيان في العقل قال في الهداية وليس على النساء والذرية ممن

كان خط

كان خط في الديوان عقل لقول عمر رضه لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة ولان العقل انما يجب على اهل النصرة لتركهم مراقبته
والناس لا يتناصرون بالنساء والصبيان ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او
امرأة لا شيء عليهما من الدية بخلاف الرجل لان وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار انه احد العواقل لانه ينصر نفسه وهذا
لا يوجد فيهما وما فرض لهما من العطاء باعتبار معونة الامام لهما لا باعتبار نصرتهما غيرهما كفرض ازواج النبي عليه السلام ولا يعقل
مسلم عن كافر ولا بالعكس لعدم التناصر ويعقل الكافر عن الكافر وان اختلفا ملة لان الكفر كله ملة واحدة قالوا هذا ان لم
تكن العداوة بين الملتين ظاهرة اما اذا كانت بينهم عداوة ومحاربة كاليهود مع النصارى فينبغي ان لا يعقل بعضهم
عن بعض وهكذا عن ابي يوسف لانقطاع التناصر وان لم يكن للذمي عاقلة معروفة فقتل احدهم قتيلا فالدية في ماله في ثلاث
سنين من يوم يقضى بها عليه كالمسلم وان كان له عواقل معروفة يتعاقلون بها فعلى عاقلته لانهم التزموا احكام الاسلام في المعاملات
لا سيما المعاني العاصمة عن الاضرار كحد السرقة والقذف والقصاص والدية ومعنى التناصر موجود في حقهم وهذا كما قلنا في حق المسلم
ان اصل الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة اذا وجدت فاذا لم توجد بقيت عليه في ماله بمنزلة تاجرين مسلمين
في دار الحرب قتل احدهما صاحبه يقضي بالدية عليه في ماله لان اهل دار الحرب لا يعقلون عنه وتمكنه من هذا القتل ليس
بنصرتهم والمسلم يعقل عنه بيت المال قال اصحابنا ان القاتل المسلم اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال لان جماعة المسلمين
اهل نصرته ليس بعضهم اخص من بعض بذلك ولهذا اذا مات كان ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال
وقيل كالذمي روي عن ابي حنيفة رواية شاذة ان الدية في ماله ووجهه ان الاصل ان يجب الدية على الجاني وهو القاتل
لانه بدل متلف والاتلاف منه الا ان للعاقلة تحملها تحقيقا للتخفيف كما مر فاذا لم يكن عاقلة عاد الحكم الى الاصل وان جنى حر
على عبد خطاء فعلى العاقلة لانه بدل النفس على ما عرف من اصلنا وفي احد قولي الشافعي يجب في ماله لانه بدل المال عنده
ولهذا لو يجب قيمته بالغة ما بلغت وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف
وفي احد قوليه تتحمله كما في الحر واعلم ان القاتل لو كان من اهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه
يقضى بالدية على عاقلته من اهل البصرة وقال زفر يقضى على عاقلته من اهل الكوفة وهو رواية عن ابي يوسف لان الموجب هو
الجناية وقد تحققت وعاقلته اهل الكوفة وصار كما اذا حول بعد القضاء ولنا ان المال انما يجب بعد القضاء لما ذكرنا ان
الواجب هو المثل وبالقضاء ينتقل الى المال وكذا الوجوب على القاتل ويتحمل عنه عاقلته واذا كان كذلك تتحمل عنه من يكون
عاقلته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء لان الوجوب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه
بالبصرة وان كان بعد القضاء لانها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث
يضم اليهم اقرب القبائل في النسب لان في النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضي به عليهم فكان
فيه تقرير الحكم الاول لا ابطاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فيها فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة
قضي بالدية على اهل البصرة ولو كان قضى بها على اهل الكوفة لم ينقل عنه وكذا البدوي اذا الحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء
يقضى بالدية على اهل الديوان وبعد القضاء على عاقلته بالبادية ولا يتحول عنهم وهذا بخلاف ما اذا كان قوم من اهل البادية
قضي بالدية عليهم في اموالهم في ثلاث سنين ثم جعلهم الامام في العطاء حيث يصير الدية في اعطياتهم وان كان قضي
بها اول مرة في اموالهم واعطياتهم اموالهم غير ان الدية تقضى من ايسر الاموال اداء والاداء من العطاء ايسر اذا صار
من اهل العطاء الا اذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضي به عليه بان وقع القضاء بالابل والعطاء دراهم فحينئذ لا يتحول
الى دراهم ابدا لما فيه من ابطال القضاء الاول لكن يقضي ذلك الابل من مال العطاء بان يشتري الابل من مال العطاء لانه

ایس كذا فی الهدایة وشروحها اختلف المتأخرون فقال بعضهم لا عاقلة للعجم وهو قول ابی بكر البلخی وابی جعفر الهندوانی
لان العجم لم یحفظوا انسابهم فلا یتناصرون فیما بینهم ولیس لهم دیوان وتحمل الجنایة عن الغیر عرف بغیر القیاس فی حق
العرب لانهم لم یضیعوا انسابهم ویتناصرون فیما بینهم فلا یلحق بهم العجم وقال بعضهم للعجم عاقلة عند التناصر والمقاتلة
مع البعض لاجل البعض كالاساكفة والصفارین فاذا قتل واحد خطاء وجبت الدیة فاهل محلة القاتل ورستقه عاقلته
وكذا الكسطلبة العلم وهو اختیار شمس الائمة الحلوانی وكثیر من المشایخ وكان الشیخ الامام ظهیر الدین یاخذ بقول الفقیه ابی جعفر
لان العبرة بالتناصر واجتماع الاساكفة وطلبة العلم ونحوهم لایكون للتناصر فلا یلزمهم التحمل عن غیرهم كذا فی قاضیخان

كتاب الوصایا

ایراد كتاب الوصایا عقیب الجنایات لانها قد تفضی الی الوصیة والایصاء والوصیة لغة اسم
بمعنى المصدر ثم سمی الموصى به وصیة وشرعا تملیك مضاف الی ما بعد الموت عینا كان او منفعة وسببها سبب
التبرعات وهو طلب زیادة الزلفی فی العقبی وشرایطها كون الموصی اهلا للتبرع ولایكون مدیونا مستغرقا للتركة وكون
الموصى له حیا وقت الوصیة وان لم یولد واجنبیا عن المیراث وقت الموت وان لایكون قاتلا وان لایكون حربیا
غیر مستامن فان كان لاتصح الوصیة له من مسلم او ذمی وكون الموصی به بعد الموت شیئا قابلا للتملیك من الغیر
بعقد من العقود وركنها قوله اوصیت بكذا لفلان وما یجری مجراه من الالفاظ المستعملة فیها واما حكمها ففی حق الموصی
به اقامة الموصی له فیما اوصی به مقام نفسه كالوارث وصفتها ما ذكره بقوله وهی ای الوصیة مستحبة قال الزیلعی هذا
اذا لم یكن علیه حق مستحق لله تعالى فان كان علیه حق مستحق لله كالزكوة والصوم والحج والصلوة التی فرط فیها فهی واجبة
والقیاس یابی جوازها لانه تملیك مضاف الی حال زوال مالكیته ولو اضیفت الی حال قیامها بان قال ملكتك غدا كان
باطلا فهذا اولى الا انا استحسناه لحاجة الناس الیها فان الانسان مغرور بامله مقصر فی عمله فاذا عرض له المرض وخاف
الممات یحتاج الی تلافی بعض ما فرط منه من التفریط بماله على وجه لو مضى فیه یتحقق مقصده المآلی ولو انهضه البرء یصرفه الی
مطلبه الحالی وفی شرع الوصیة ذلك فشرعناه وقد تبقى المالكیة بعد الموت باعتبار الحاجة كما فی قدر التجهیز والدین وقد نطق
به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصیة یوصی بها او دین والسنة وهو قوله علیه السلام ان الله تعالى تصدق علیكم
بثلث اموالكم فی آخر اعماركم زیادة لكم فی اعمالكم تضعونها حیث شئتم او قال حیث احببتم وهذا یدل على شرعیتها
وینفی وجوبها وقوله علیه السلام لایحل لرجل یؤمن بالله والیوم الآخر له مال یوصی فیه ان یبیت لیلتین الا
ووصیته تحت راسه الحدیث یدل على الندبیة واما الاجماع فان الائمة المهدیین السلف الصالح اوصوا وعلیه
الامة الی یومنا هذا ذكره فی الاختیار بما دون الثلث لان فی التنقیص صلة القریب بترك ماله علیه بخلاف استكمال
الثلث لانه استیفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة قالوا استحباب الوصیة بما دون الثلث انما هو ان كان الورثة
اغنیاء او یستغنون بانصبائهم من المیراث لانها تكون صدقة على الاجنبی والترك هبة من القریب والاولى اولى
لانه یبتغی بها وجه الله تعالى وقیل فی هذا الوجه یخیر لاشتمال كل منهما على فضیلة وهو الصدقة او الصلة فیتخیر بین الخیرین والاثار
وان لم یكن الورثة اغنیاء ولا یستغنون بانصبائهم فتركها ای ترك الوصیة بما دون الثلث افضل لما فیه من الصدقة
على القریب الفقیر وقال علیه السلام افضل الصدقة على ذی رحم الكاشح واحب قال المختار ویستحب ان تنقص من الثلث
لقوله علیه السلام والثلث كثیر فی الوصیة وعن علی لان اوصی بالخمس احب الی من ان اوصی بالربع ولان اوصی بالربع احب
الی من ان اوصی بالثلث ولان فیه صلة القریب بترك حقه لهم ولا صلة فیما اذا اوصی بالثلث تاما لانه استوفى حقه فلا صلة
كذا فی الاختیار ولا تصح ای الوصیة بما زاد على الثلث لما روی سعد بن ابی وقاص قال دخل النبی علیه السلام یعودنی

فقلت

فقلت فبالنصف قال لا قلت فبالثلث قال والثلث كثیر لا تدع اهلك یتكففون الناس نفی الوصیة بالكل والنصف
ولان المال حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال الیهم وهو استغناؤه عن المال فاوجب تعلق حقهم به الا ان الشرع
لم یظهره ای الاستغناء فی حق الاجانب بقدر الثلث لیتدارك تقصیره واظهره فی حق الورثة لان الظاهر انه لایتصدق
به علیهم تحرزا عما یتولد من تاذی البعض وقطیعة الرحم بسبب ایثار البعض على البعض وقد جاء فی الحدیث الحیف فی الوصیة
من اكبر الكبائر وفسروه بما زاد على الثلث وبالوصیة للوارث ولا تصح لقاتله مباشرة عامدا كان او خاطئا لقوله علیه السلام
لا وصیة لقاتل وهو باطلاقه یتناول القاتل مباشرة عمدا كان او خطاء بخلاف التسبب لان التسبب لیس بقتل حقیقة
وقال الشافعی یجوز للقاتل مطلقا لانه اجنبی منه كما یجوز لغیره وعلى هذا الخلاف اذا اوصى لرجل ثم انه قتل الموصی تبطل الوصیة
عندنا ولا تبطل عنده والحجة علیه ما رویناه ثم لو اجازتها الورثة جازت عند ابی حنیفة ومحمد وقال ابو یوسف لا تجوز لان
جنایته باقیة والامتناع لاجلها ولهما ان الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها یعود الیهم كنفع بطلان المیراث
ولانهم لایرضونها للقاتل كما لایرضونها لاحدهم لو اوصت المرأة لقاتلها بنصف مالها ثم ماتت وتركت زوجا یاخذ
الزوج نصف مالها لان المیراث مقدم على الوصیة للقاتل ثم یاخذ القاتل بنصف المال ولا شیء لبیت المال ولا لوارثه
ای وارث الموصی لانه یتاذی بایثار البعض كما مر ویعتبر كونه وارثا او غیر وارث وقت الموت لا وقت الوصیة لانه
تملیك مضاف الی ما بعد الموت وحكمه یثبت بعد الموت والهبة من المریض للوارث فی هذا نظیر الوصیة لانه وصیة حكما حتى تنفذ
من الثلث واقرار المریض للوارث على عكس الوصیة لانه تصرف فی الحال فیعتبر ذلك وقت الاقرار كذا فی الهدایة یعنی یعتبر
كونه وارثا او غیر وارث وقت الاقرار حتى لو كان صار وارثا بسبب جدید بعد الاقرار صح الاقرار كما اذا اقر لاجنبیة ثم
تزوجها واما اذا ورث بسبب كان قائما وقت الاقرار لا یصح الاقرار كما اذا اقر لاخیه وله ابن ثم مات الابن قبله ثم
صار الاخ وارثا تبطل اقراره له عندنا خلافا لزفر كذا فی شروح الهدایة والزیلعی ولو اقر لابنه وهو عبد ثم اعتق قبل موت
الاب جاز اقراره لان ارثه بسبب حادث بعد الاقرار وهو الحریة ولان اقراره لمولاه وهو اجنبی عنه ذكره الزیلعی ایضا
ولو اوصى رجل بثلث ماله لاخیه وهو وارثه ثم ولد للموصی ابن ثم مات الموصی صحت الوصیة ولو اوصى لامراته بثلث ماله ثم
ابانها بثلاث او بواحدة ثم انقضت عدتها ثم مات الموصی صحت الوصیة لها ولو اوصى لابن وارثه جاز ویجوز
لولد قاتله وان علا وكذا لولد قاتله وان سفل ولو اوصى لاخوته الثلاث المتفرقین وله ابن جازت الوصیة لهم
بالسویة اثلاثا لانهم لایرثون مع الابن فان كانت له بنت مكان الابن جازت للاخ لاب وللاخ لام وتبطل الوصیة
للاخ لاب وام لانه یرث مع البنت وان لم یكن له ابن ولا بنت كانت الوصیة كلها للاخ لاب لانه لایرثه وتبطل الوصیة
للاخ لاب وام والاخ لام لانهما یرثانه كذا فی قاضیخان اعلم ان الوارث اذا كان صغیرا واراد ان یوصی له شیئا من ماله
ینتفع به فی حیوته فالوجه ان یملك الملك غیره ثم یوصیه ذلك الغیر لذلك الصغیر ویبیح انتفاعه للمالك ما دام حیا كما فی النصاب
كذا فی القهستانی الا باجازة الورثة راجع الی الثلاثة المذكورة لان الامتناع فی الكل لحقهم فیجوز باجازتهم لانه یری الی ما یروی
عن عمرو بن شعیب عن ابیه عن جده انه علیه السلام قال لا وصیة لوارث الا ان یجیز الورثة ویشترط ان یكون المجیز
من اهل التبرع بان یكون بالغا عاقلا وان اجاز البعض دون البعض تجوز على المجیز بقدر حصته دون غیره لولایته
على نفسه لا على غیره ولا عبرة باجازتهم فی حال حیوة الموصی لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق یثبت لهم بالموت فكان لهم ان
یرجعوا عن الاجازة بعد موت الموصی ثم اذا صحت الوصیة باجازتهم بعد موته یتملكه المجاز له من قبل الموصی عندنا حتى
یجبر الورثة على التسلیم ولو اعتق عبدا فی مرضه ولا مال له غیره واجازت الورثة العتق كان الولاء كله للمیت ولو كان

الميت الوارث فتزوجها بجارية الموروث ولا مال له غيرها فاوصى بها لغيره فاجاز الوارث وهو الزوج الوصية لايبطل نكاحه وقال الشافعي يملك الموصى له من جهة المجيز حتى لايجبر الوارث على التسليم عنده ويكون له ثلث الولاء في مسئلة العتق ويفسد النكاح لان الميت لاحق له في الثلث ولهذا لاينفذ وصية بمازاد على الثلث ويبطلها الوارث فيكون الزائد على الثلث ملكا للوارث حقيقة فاذا اجاز صار مملكا له من جهته ضرورة ولنا ان الوصية صدرت من الموصي وصادفت ملكه حالا ومآلا لان جميع ماله مملوك له وقت الوصية وبعد الموت هو باق على حكم ملكه ولهذا يبدأ بحوائجه ولايملك الوارث الا مافضل من حاجته كتجهيزه وقضاء ديونه ولايملك ماكان مشغولا بحاجته من ماله فاذا اوصى صار مشغولا بها لكن للورثة نقضها فيما زاد على الثلث لما فيه من ابطال حقهم فاذا اجازوا الوصية ظهر انه لم يكن منتقلا الى ملكهم وسقط حقهم ونفذ العقد السابق كالمرتهن اذا اجاز بيع الراهن وثمرة الخلاف تظهر فيما ذكرنا وفي تمليك الموصى له قبل القبض وعنده لايتملك وفي مشاع يحتمل القسمة حيث تجوز الاجازة فيه عندنا ولاتجوز عنده كذا في الزيلعي وتصح الوصية بالثلث للاجنبي وان للوصي لم يجز اي الورثة لماروينا من قوله عليه السلام ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم في آخر اعماركم الحديث وتصح الوصية بكل ماله عند عدم وارثه عندنا وقال الشافعي صحت بالثلث ويوضع الثلثان في بيت المال لان محل الوصية هو الثلث ولنا ان مازاد على الثلث لعامة المسلمين والموصى له منهم وقد ترجح بايصائه كذا في شرح المجمع وشرحه لابن ملك وتصح من المسلم للذمي لقوله تعالى لاينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الآية نفى النهي عن البر اليهم والوصية لهم بر اليهم فكانت غير منهية وبالعكس اي ويجوز من الذمي للمسلم لان اهل الذمة بعقد الذمة التحقوا بالمسلمين في المعاملات ولهذا جاز التبرع المنجز في حال حيوته من الجانبين فكذا المضاف الى مابعد الممات واما الوصية لاهل الحرب ففي رواية الجامع الصغير باطلة وقال في النهاية ذكر في السير الكبير مايدل على جواز الوصية لهم ووجه التوفيق بين الروايتين انه لاينبغي ان يوصى لهم وان اوصى ثبت الملك لهم لانهم من اهل الملك واما وصية الحربي بعد مادخل دارنا بامان فانها جائزة لان له ولاية تمليك ماله في حال حيوته فكذا بعد الممات حتى انه لافرق بين وصيته بالثلث وبجميع ماله لان منع المسلم عمازاد على الثلث لحق ورثة المسلمين لانه مقصود عن الابطال وورثة الحربي ليست كذلك وتصح للحمل مثل ان يقول اوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة وبه كما اوصى بمافي بطن جاريته ولم يكن من المولى اذا علم انه ثابت موجود في البطن وقت الوصية له او به وقد اشار الى ذلك بقوله ان كان بينهما اي بين وقت الوصية وبين وقت ولادته اقل من ستة اشهر على ماذكره الطحاوي واختاره صاحب الهداية وصححه الاسبيجابي في شرح الكافي او كان بين موت الموصي وبين الولادة اقل من ستة اشهر على ماذهب اليه الفقيه ابو الليث واختاره صاحب النهاية والكافي اما الاول وهو الوصية للحمل فلانها استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله بعد موته لانه يملكه في الحال والاستخلاف يصح له للجنين ارثا فكذا وصية لكونهما اختين واما الثاني وهو الوصية به فلان الحمل بعرضية الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية فان وضع المسئلة فيما اذا وضعت لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية او الموت وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لامحالة كذا في العناية قول المصنف اقل من ستة اشهر ليس على اطلاقه بل هو مخصوص بما اذا لم تكن المرأة التي اوصى بحملها معتدة يدل عليه مافي الاختيار حيث قال ثم ان كان الزوج ميتا فان ولدت لاقل من سنتين من الانفصال حيا جازت وان انفصل ميتا لم يجز لانه يحال بالعلوق الى ابعد الاوقات حملا لامرها على الصلاح ولهذا يثبت نسبه الى سنتين وان كان الزوج حيا فولدت لستة اشهر لاتصح الوصية لان في الوطئ الحلال يحال بالعلوق الى اقرب الاوقات لايتيقن بوجود الحمل وقت الوصية الا اذا ولدته لاقل من ستة اشهر انتهى واعلم ان اقل مدة للحمل في الآدمي ستة اشهر وفي الفيل احد عشر سنة وفي الابل والخيل والحمار سنة وفي البقر تسعة اشهر وفي الشاة خمسة اشهر وفي السنور شهران وفي الكلب

اربعون

اربعون يوما وفي الطير احد وعشرون يوما كما في الاستيفاء كذا في القهستاني ولاتصح الهبة له اي للحمل لان الهبة تمليك محض والجنين ليس بصالح لذلك لان الملك بالهبة انما يثبت بالقبض ولاقدرة لاحد عليه لتملكه شيئا ليحصل الملك فيه بالقبض كذا في العناية قال في الاختيار الهبة تمليك للحال وليس لاحد نقل الملك عنه فلاينتقل وان اوصى بامة دونه اي الحمل صحت الوصية والاستثناء يعني لو قال اوصيت بهذه الجارية لفلان الا حملها صح الوصية والاستثناء جميعا لان الحمل لايتناوله اسم الجارية لفظا وانما يستحق بالاطلاق تبعا واذا افرد الام بالوصية صح افرادها وذلك لانه لم يبق مطلقا بل تقيدت الام بالافراد فصحت الوصية بها مفردة ولان الحمل يجوز افراده بالوصية فكذا استثناؤه منها لان كل ماجاز ايراد العقد عليه جاز اخراجه من العقد على ماعرف في البيوع ويكون الاستثناء منقطعا بمعنى انه لم يدخل تحت اللفظ ولابد في الوصية من القبول اعلم ان قبول الموصى له ايا ما ليس بشرط لصحة الوصية وانما هو شرط لازالة ملك الموصي الى الموصى له لانه لايثبت بمجرد الوصية ملك الموصى له فيها مالم يقبلها وسيأتي في كلام المصنف اشارة اليه ويعتبر القبول من الموصى له بعد موت الموصي ولااعتبار بالرد والقبول في حيوته اي في حيوة الموصي لان حق الموصى له وهو ثبوت حق التملك انما يكون بعد الموت فلا اعتبار بمايوجد قبله كما اذا وجد قبل العقد وبه اي بقبول الموصى له بعد موت الموصي تملك الوصية بمعنى الموصى به وقال الشافعي وزفر تملك بدون القبول لانها خلافة فلايحتاج فيها الى القبول كالميراث ولنا ان الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لايرد الموصى له بالعيب كما اذا اشترى المريض شيئا فاوصى لرجل ثم الموصى له يجده معيبا فانه لايرده على بايعه ولايرد عليه به كما اذا اوصى بجميع ماله لان ثم باع شيئا من التركة ووجد المشتري به عيبا لايرده على الموصى له فلوكان ثبوت الملك للموصى له بطريق الخلافة لثبت ولاية الرد في الصورتين جميعا كما في الوراثة لانها خلافة فيجوز ان تثبت فيها هذه الاحكام جبرا من الشارع من غير اختياره لولايته عليه وفيما نحن فيه لايملك احد اثبات الملك لغيره الا بقبوله لئلا يعود على موضوعه بالنقض وذلك لان تنفيذ الوصية لمنفعة الموصى له ولو اثبتنا الملك له قبل قبوله لربما تضرر كما اذا اوصى له بعبد اعمى وجب عليه نفقته بلامنفعة تعود اليه وكما اذا اوصى له بدنان مسكر او بزبل مجتمع في داره فانه يجب عليه نقل المسكر والزبل تفريغا لملك الغير عن ملكه وكما اذا اوصى له بما علق طلاق امرأة الموصى له او عتق عبده بملكه وانه لايجوز الا ان يموت الموصى له بعد موت الموصي قبل القبول فانه اي الموصى له يملكها اي الوصية وتقع تلك الوصية لورثته وهذا استحسان والقياس ان تبطل لما بينا ان احدا لايقدر على اثبات الملك بدون اختياره فصار كموت المشتري قبل القبول بعد ايجاب البائع وجه الاستحسان ان الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماما لايلحقه الفسخ من جهته وانما يتوقف في حق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري او البائع ثم مات من له الخيار قبل الاجازة وكذا اذا اوصى للجنين يدخل في ملكه من غير قبول استحسانا لعدم من يلي عليه حتى يقبل عنه كذا في العناية والزيلعي ولاتصح من صبي وقال الشافعي تصح اذا كان في وجوه الخير لان عمر رضي الله عنه اجاز وصية يافع وهو الذي راهق الحلم ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى فانه لو انفذ ما في الوصية كان ماله باقيا على نفسه فانه يحصل له بسببها الزلفى والدرجة العليا ولو لم ينفذ يبقى ماله على غيره فكان الوصية اولى ولنا انه تبرع والصبي ليس من اهله ولان قوله غير ملزم في تصحيح وصيته قول بالزام قوله والاثر محمول على انه كان بالغا لم يمض على بلوغه زمان كثير ومثله يسمى يافعا مجازا تسمية للشيء باسم ماكان عليه الا ترى ان عمر رضي الله عنه لم يستفسر ان الوصية بعمل القربة او لغيره ذكره في المبسوط او كانت وصية في تجهيزه ولعدو دفنه وذلك جائز عندنا والصبي يحرز الثواب بالترك على ورثته ثم المعتبر في النفع والضرر هو النظر الى وضع

التصرفات لا الى ما يتفوق بحكم الحال من العوارض اللاحقة الا يرى ان الطلاق لا يصح منه وان امكن ان يكون نافعا بان
يطلق امرأة معسرة سوء مآء ويتزوج باختها الموسرة الحسناء لكون ذلك من العوارض وكذا اذا اوصى ثم مات بعد
الادراك لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذا اذا قال اذا ادركت فثلث مالي لفلان وصية لقصور اهليته فلا يملكه
تنجيزا ولا تعليقا كما في الطلاق والعتاق بخلاف العبد والمكاتب فانهما اذا قالا اذا اعتقت فثلث مالي [illegible] وصية
تصح لان اهليتهما تامة والمانع حق المولى فيصح اضافته الى حال سقوط المانع كذا في الهداية وشروحها ولا يجوز وصية
الصبي اذا لم يكن مراهقا وكذا اذا كان مراهقا كذا في قاضيخان ولا تصح الوصية تنجيزا من مكاتب وان للموصي ترك وفاء
لان ماله لا يقبل التبرع واعلم ان وصية المكاتب ثلاثة اقسام قسم باطل بالاجماع وهو الوصية بعين من اعيان ماله
لانه لا ملك له حقيقة فلا يصح لكن لو اوصى بعتق عبده ثم ملكه فلو اجازها بعد العتق جازت على ان الاجازة انشاء للوصية
لان الوصية تصح بلفظ الاجازة بخلاف ما اذا اعتق عبده ثم اجاز العتق بعد الحرية حيث لا يجوز بلفظ الاجازة لان
العتق لا يجوز بلفظ الاجازة وقسم يجوز بالاجماع وهو ما اذا اضاف الوصية الى ما يملكه بعد العتق بان قال اذا اعتقت
فثلث مالي وصية لفلان او اوصيت بثلث مالي له حتى لو عتق قبل الموت باداء بدل الكتابة او غيره ثم مات كان للموصى له
ثلث ماله وان لم يعتق حتى مات عن وفاء بطلت الوصية لان الملك له حقيقة لم يوجد اذ لم يثبت الحرية له في حيوته مطلقا
وانما يثبت بطريق الضرورة فلا يظهر في حق نفاذ الوصية وقسم مختلف فيه وهو ما اذا قال اوصيت بثلث مالي لفلان
ثم عتق فالوصية باطلة عند ابي حنيفة وعندهما جائزة وهذا بناء على ان للمكاتب نوعي ملك حقيقي وهو ما بعد العتق ومجازي
وهو ما قبل العتق فعند ابي حنيفة ينصرف الى المجاز لانه هو الظاهر لان الظاهر بقاء ما كان على ما كان والآخر ليس بموجود
والظاهر بقاؤه على العدم فلا ينصرف اليه اللفظ وعندهما ينصرف الى الحقيقي وهو ما يملكه بعد الحرية المطلقة لانه القابل لهذا
الحكم وهو الوصية تصحيحا لتصرفه او يتناول النوعين فيصح فيما يقبل ولا يصح فيما لا يقبل كما اذا قال الحر كل عبد اشتريته فهو
حر ينصرف الى ما يشتريه لنفسه لا لغيره فيعتق ما يشتريه لنفسه ولا يعتق الآخر وينحل به اليمين حتى اذا اشتراه بعد ذلك
لا يعتق هكذا ذكر المسألة في شرح الزيادات كذا في الزيلعي والوصية مؤخرة عن الدين يعني ان الوصية مؤخرة عن مؤنة الموصي
وقضاء ديونه وسياتي في كتاب الفرائض ان شاء الله تعالى فلا تصح ممن يحيط دينه بماله وذلك لان الدين اهم لكونه فرضا
والوصية بغير الواجب تبرع وبالواجب وان كان فرضا لكن حق العبد مقدم لاحتياجه وحق الشارع من الصلوة وغيرها
يسقط بالموت فيكون الوصية به كالتبرع وقال علي رضي الله عنه انكم تقرؤن الوصية قبل الدين وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم
يبدا بالدين الا ان يبرئه الغرماء فحينئذ تجوز لزوال المانع وللموصي ان يرجع في وصيته اعلم ان الرجوع عن الوصية جائز
لوجهين احدهما انه تبرع لم يتم لان تمامها بموت الموصي والتبرع التام كالهبة جاز الرجوع فيه ففيما لم يتم اولى والثاني
ان القبول يتوقف على الموت والايجاب المفرد يجوز ابطاله في المعاوضات كما في البيع ففي التبرع اولى قولا مثل ان
يقول رجعت عما اوصيت به لفلان او ابطلت او تركت او ما اوصيت به لفلان فلفلان او فعلا يقطع حق المالك في
الغاصب اي فعلا يقطع بمثل ذلك الفعل من الغاصب حق المالك عن المغصوب لانه صار الموصى به بذلك الفعل شيئا
اخر وقد مر في الغصب او يزيل ملكه كالبيع والهبة وان للموصي اشتراه اي الموصي المبيع او رجع الى الموهوب
بعد ذلك البيع او الهبة لان الوصية لا تنفذ الا في الملك فاذا ازاله كان رجوعا او يوجب في الموصى به زيادة لا يمكن التسليم
الا بها كلت السويق الموصى به بالسمن والبناء في الدار الموصى بها والحشو بالقطن الموصى به لانه لا يمكن تسليمه بدون
الزيادة ولا يمكن نقضها لانه حصل في ملك الموصي من جهته وقطع الثوب الموصى به رجوع لانه للصرف الى الحاجة عادة فصار

هذا المعنى

هذا المعنى اصلا ايضا وكذا ذبح الشاة الموصى بها رجوع لانه استهلاك لا اي لا يكون رجوعا غسل الثوب وتجصيص الدار
وهدمها لانه تصرف في التبع ومن اراد ان يعطي ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريرا معنى ولو اوصى برطب [illegible]
المراد ان يعطي فصار تمرا لا تبطل الوصية استحسانا بخلاف ما اذا اوصى بعنب فصار زبيبا والفرق ان الرطب والتمر جنس واحد
ولهذا جاز استيفاء احدهما مكان الآخر في السلم وبخلاف ما اذا اوصى بالكفرى فصار رطبا حيث لا تبطل الوصية للتبدل
وكذا اذا اوصى ببيض فصار فرخا ولو كان التغير في هذه المسائل بعد موت الموصي لا تبطل الوصية سواء كان قبل القبول او
بعده والجحود ليس برجوع عند محمد خلافا لابي يوسف ذكر محمد في الجامع الكبير ان جحود الوصية ليس برجوع وذكر في المبسوط
انه رجوع فمن مشايخنا من قال ما ذكر في المبسوط محمول على ان الرجوع كان بحضرة الموصى له وما ذكر في الجامع محمول على ان
الرجوع في غيبته ومنهم من قال ما ذكر في الجامع قول محمد وما ذكر في المبسوط قول ابي يوسف وصاحب الهداية منهم
وهو الصحيح لابي يوسف ان الجحود نفي في الماضي والحال فكان اقوى من الرجوع اذ هو نفي في الحال فقط فكان اولى ان يكون
رجوعا ولهذا كان جحود التوكيل عزلا وجحود المتبايعين البيع اقالة ولمحمد ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة
ذلك واذا كان ثابتا في الماضي كان ثابتا في الحال فكان الجحود لغوا ولهذا لا يكون جحود النكاح طلاقا كذا في الزيلعي ومنهم
من قال في المسألة روايتان قال شيخ الاسلام وهو الاصح وقال شمس الائمة السرخسي الاصح ان ما في الجامع قول محمد وما في
المبسوط قول ابي يوسف لان المعلى قال في نوادره سألت ابا يوسف عن رجل اوصى لرجل بوصية ثم جحد قال يكون رجوعا
وسألت محمدا قال لا يكون رجوعا وهو مختار صاحب الهداية كذا في العناية ولا قوله اخرت الوصية لان التأخير ليس للسقوط
كتأخير الدين بخلاف ما اذا قال تركت لانه اسقاط او كل وصية اوصيت بها لفلان فهو حرام او ربوا لا يكون
رجوعا لان الوصف يستدعي بقاء الاصل بخلاف ما اذا قال فهي باطلة لانه الذاهب المتلاشي فلو قال ما اوصيت به لفلان
فهو لفلان رجوع لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها الا ان يكون فلان الثاني ميتا حين اوصى فتكون الوصية
الاولى على حالها لانها انما تبطل ضرورة كونها للثاني ولم يتحقق فتبقى للاول ولو كان فلان آخر حين قال ذلك حيا ثم مات
قبل موت الموصي فهي للورثة لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية بالموت ولو قال العبد الذي اوصيت به لفلان
فهو لفلان آخر كان رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة وكذا اذا قال فهو لفلان وارثي يكون رجوعا عن الاول ويكون
وصية للوارث فتتوقف على اجازة الورثة فان اجازوه جازت والا فلا كذا في الهداية وشروحها والزيلعي وتبطل هبة
المريض مرض الموت ووصيته لاجنبية نكحها بعدهما اي بعد الهبة او الوصية يعني اذا وهب المريض لامرأة شيئا او اوصى
لها بشيء ثم تزوجها ثم مات تبطل الهبة والوصية لان الوصية ايجاب بعد الموت وهي بعده وارثة له واما الهبة فهي وان كانت
منجزة لكنها كالمضافة الى الموت لان حكمها يتقرر عنده الا يرى انها تبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين تعتبر من
الثلث بخلاف الاقرار فانه اذا اقر لها ثم تزوجها يصح لانها عند الاقرار اجنبية ثم ان ما ذكر على تقدير وجود وارث آخر على
ما عرفت فيما تقدم وكذا اي يبطل اقراره اي المريض ووصيته وهبته لابنه الكافر او لابنه الرقيق ان اسلم الكافر او اعتق
الرقيق بعد ذلك المذكور من الاقرار والوصية والهبة اما الاقرار فلان البنوة قائمة وقت الاقرار فاعتبر في ايراث
تهمة الايثار واما الوصية والهبة فلما مر كذا في ايضاح ابن كمال وهبة المقعد بضم الميم وفتح العين وهو العاجز عن
المشي لداء في رجله والمفلوج الفلج داء يعرض بنصف البدن فيمنعه عن الحس والحركة الارادية والاشل وهو الذي
في يده ارتعاش وحركة والمسلول وهو الذي يكون له علة السل وهو قرح يكون في الرئة يلزمها حمى رقيقة من كل
ما له ان طال ولم يخف موته منه اي من واحد منها بان لا يزداد ما به وقتا فوقتا لانه حينئذ يصير طبعا له ولهذا

وان اوصى لرجل بنصيب بنت لو كانت وترك ابنا وابنا فللموصى له [illegible] من سبعة عشر [illegible] لان اصل المسألة من [illegible] ... [illegible] فللموصى له [illegible] ... صح

لايشتغل بدوائه والا اى وان لم يكن واحد فيهما بان لم يطل مدته بان مات قبل سنة او خيف موته بان يزداد ما به
وقتا فوقتا فمن ثلثه اى ثلث ماله لانه حينئذ يكون مرض الموت ولهذا يتداوى منه وعن شمس الاسلام انه فى حق الفقيه ان
لا يقدر على الخروج الى المسجد وفى السوقى ان لا يخرج الى الدكان وفى المراة ان لا تقدر على السطح وقال الفضلى ان لا يخرج
الى حوائج نفسه وعليه الاعتماد كما فى الخلاصة والمختار انه من كان الغالب منه الموت وان لم يكن صاحب فراش كما فى هبة
الذخيرة كذا فى القهستانى **باب الوصية بثلث المال** لما كان اقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم
اجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التى يتعلق بها هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب فى لو اوصى لكل واحد
من اثنين بثلث ماله ولم يجز الورثة قسم الثلث بينهما نصفين اذ لا تزاد على الثلث ح دليل احدهما اولى من
الآخر وقد تساويا فى سبب الاستحقاق فيتساويان فى الاستحقاق ما لم يوجد ما يدل على الرجوع عن الاول هذا هو
الحكم اذا كان المحل يقبل الشركة واما اذا لم يقبلها كرجلين اقاما البينة على نكاح امراة بطل السببان جميعا ولو اوصى
لاحدهما بثلثه وللآخر بسدسه قسم الثلث بينهما اثلاثا لان كل واحد يدلى بسبب صحيح شرعا وضاق الثلث عن
حقهما اذ لا مزيد للوصية على الثلث فيقتسمان الثلث على قدر حقهما كما فى اصحاب الديون فيجعل السدس بينهما لانه الاقل
فصارت ثلاثة اسهم لصاحب السدس سهم واحد ولصاحب الثلث سهمان ولو اوصى لاحدهما بثلثه وللآخر بثلثيه
او بنصفه او بكله ينصف الثلث بينهما عند ابى حنيفة رح وعندهما يثلث فى الاول اى فيما اذا اوصى لاحدهما بثلثه وللآخر
بثلثيه فيجعل الثلث ثلاثة اسهم سهم للموصى له بالثلث وسهمان للموصى له بالثلثين على قدر ما اوصى لهما ويخمس فى الثانى
وثلاثة اخماس فى الثلث اى فيما اذا اوصى لاحدهما بثلثه وللآخر بنصفه فيجعل الثلث خمسة اسهم سهمان للموصى
له بالثلث وثلاثة اسهم للموصى له بالنصف ويربع فى الثالث اى فيما اذا اوصى لاحدهما بثلثه وللآخر بكله فيجعل
الثلث اربعة اسهم سهم للموصى له بالثلث وثلاثة اسهم للموصى له بالكل وهذا لان الموصى قد قصد تفضيل البعض
فى الوصية فوجب اعتباره ما امكن وقد امكن بطريق الضرب ولا ضرر على الورثة فيصار اليه وله ان الوصية فيما
زاد على الثلث باطلة فى حق الاستحقاق عند عدم الاجازة لكونها وصية بما لا يستحقه فيبطل حق الضرب ضرورة عدم الاستحقاق
وانما قصد التفضيل بناء على الاستحقاق والاجازة بدليل اضافة الوصية الى جميع المال وقد بطل الاستحقاق والاجازة
فيبطل التفضيل كالمحاباة الثابتة فى ضمن البيع اذا بطل البيع يبطل المحاباة فاشار المصنف على اصل الخلاف بينهم
بقوله ولا يضرب الموصى له بما زاد على الثلث عند الامام والمراد بالضرب المصطلح بين الحساب وهو تضعيف احد العددين
بقدر ما فى العدد الآخر من الآحاد فاذا اوصى مثلا بالثلث والكل فعند ابى حنيفة سهام الوصية اثنان لكل واحد نصف
يضرب النصف فى ثلث المال فالنصف فى الثلث يكون نصف الثلث وهو السدس فلكل سدس المال وعندهما
سهام الوصية اربعة والواحد من الاربعة ربع فيضرب الربع فى ثلث المال فالربع فى الثلث يكون ربع الثلث ثم
لصاحب الكل ثلاثة من الاربعة وهى ثلاثة ارباع الثلث فيضرب ثلاثة الارباع فى الثلث يعنى ثلاثة ارباع الثلث
ولصاحب الثلث واحد من الاربعة فيضرب الواحد فى الثلث وهو الربع يعنى ربع الثلث فهذا معنى الضرب الا فى
المحاباة اى المعاطاة من حبا يحبو حبوة بفتح الحاء اى اعطاه صورتها عبدان لرجل قيمة احدهما الف ومائة وقيمة الآخر ستمائة
واوصى بان يباع احدهما لفلان بمائة والآخر لفلان بالف فانه حصلت المحاباة لاحدهما بالف وللآخر بستمائة والكل وصية
لان فرض المسئلة فى مرض الموت فان لم يكن له غيرهما ولم تجز الورثة جازت المحاباة بقدر الثلث فيكون بينهما اثلاثا
يضرب الموصى له بالالف بحسب وصيته وهى الالف والموصى له الآخر بحسب وصيته وهو ستمائة فلو كان هذا كسائر الوصايا

على قول

على قول ابى حنيفة رح وجب ان لا يضرب الموصى له بالالف فى اكثر من خمسمائة لبطلان الوصية بما زاد على الثلث
فى حق الاستحقاق والتفضيل والسعاية صورتها ان يوصى بعتق عبدين قيمة احدهما الف وقيمة الآخر الفان ولا مال
له غيرهما ان اجازت الورثة عتق جميعا وان لم يجزوا اعتقا من الثلث وثلث ماله الف فالالف بينهما على قدر قيمتهما
فثلثا الالف للذى قيمته الفان ويسعى فى الباقى وثلثها للذى قيمته الف ويسعى فى الباقى والدراهم المرسلة اى المطلقة
بانها ثلث او نصف او نحوهما صورتها ان يوصى لرجل بالفين وللآخر بالف درهم وثلث ماله الف درهم ولم يجز الورثة
فانه يكون بينهما اثلاثا كل واحد فيهما يضرب بقدر وصيته فللموصى له بالالفين ستمائة وستة وستون وثلثا درهم
وللموصى له بالالف ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم فهذا لان الوصية فى مخرجها صحيحة لجواز ان يكون له مال
آخر يخرج هذا القدر من الثلث بخلاف ما اذا اوصى لرجل بثلث ماله وللآخر بنصف ماله او بجميع ماله لان اللفظ فى مخرجه لم يصح
لان ماله لو كثر او ظهر له مال آخر يدخل فيه تلك الوصية ولا يخرج من الثلث وحاصل فرق ابى حنيفة بين هذه الصور
الثلاثة وبين غيرها ان الوصية اذا كانت مقدرة بما زاد على الثلث صريحا كالنصف والثلثين وغيرهما والشرع ابطل
الوصية فى الزائد يكون ذكره لغوا فلا يعتبر فى حق الضرب بخلاف ما اذا لم تكن مقدرة بانه اى شىء من المال كما فى الصور
المذكورة فانه ليس فى العبارة ما يكون مبطلا للوصية فصار كما اذا اوصى بخمسين درهما واتفق ان ماله مائة
درهم فان الوصية لا تكون باطلة بالكلية لامكان ان يظهر له مال فوق المائة فاذا لم تكن باطلة بالكلية تكون معتبرة
فى حق الضرب وهذا فرق دقيق انيق وتبطل الوصية بنصيب ابنه يعنى فلو اوصى بنصيب ابنه وهو موجود بطلت
وصيته وان لم يكن للابن صحت وتصح بمثل نصيب ابنه كان له ابن او لم يكن لان الاول وصية بمال الغير لان نصيب
الابن ما يصيبه بعد الموت بنص الكتاب والوصية بمال الغير لا تجوز والثانى وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشىء
غيره وان كان يتقدر به وقال زفر جازت الاولى كالثانية نظرا الى حال الوصية فان المال كله له فى ذلك الحال لكونه
حيا بعد حذف المضاف اذا كان ما يدل عليه كما فى الآية لان السؤال يدل على المسؤل عنه وهو الاهل ولم يوجد
ههنا ما يدل على المحذوف فلا يجوز فلو كان له ابنان فللموصى له الثلث والقياس ان يكون له النصف عند اجازة الورثة
لانه اوصى له بمثل نصيب ابنه ونصيب كل واحد منهما النصف وجه الاول انه قصد ان يجعله مثل ابنه لا ان يزيد
نصيبه على نصيب ابنه وذلك بان يجعل الموصى له كاحدهم وان ثلاثة فالربع اى وان كان له ثلاثة ابناء فللموصى له
الربع وهو ظاهر وان اوصى بجزء من ماله فالتعيين الى الورثة فيقال للورثة اعطوه ما شئتم لانه مجهول والجهالة
لا تمنع صحة الوصية فالبيان الى الورثة لانهم قائمون مقام الموصى وان اوصى بسهم فالسدس عند ابى حنيفة
لان السهم عبارة عن السدس اذ هو المروى عن ابن مسعود رضه وقد رفعه الى النبى عليه السلام وعندهما مثل
نصيب احدهم اى فللموصى له مثل نصيب اخس الورثة لان السهم يراد به سهام الورثة عرفا لا سيما فى الوصية والاخس
متيقن به فينصرف اليه الا ان يزيد نصيب احدهم على الثلث ولا اجازة من الورثة قال فى الجامع الصغير له اخس
سهام الورثة الا ان يكون اقل من السدس فح يعطى له السدس وقال فى الاصل له اخس سهام الورثة الا ان يكون
اكثر من السدس فح لا يزاد عليه فجعل السدس لمنع النقصان فى رواية الجامع الصغير فلا يمنع الزيادة وجعله لمنع
الزيادة فى رواية الاصل فلا يمنع النقصان قالوا اى مشايخنا هذا اى الفرق المذكور بين الجزء والسهم فى عهدهم
وفى عرفنا السهم كالجزء لان كل واحد منهما مجهول يتناول القليل والكثير وقد عرفت ان الوصية لا تمتنع
بالجهالة فعلى الورثة البيان بما شاؤا به ولو اوصى ببعض من ماله او بطائفة او بنصيب او بشىء فالحكم كذلك

وان اوصى له بسدس ماله ثم بثلث ماله واجازوا فله الثلث يعني من قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في مجلس آخر له ثلث مالي واجازت الورثة فله ثلث المال لان السدس يدخل في الثلث من حيث انه اراد بالثانية زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث وانما جعل السدس داخلا في الثلث عملا بالمتيقن وحملا لكلامه على ما يملكه وهو الايصاء بالثلث وان اوصى بسدسه ثم بسدسه يعني من قال سدس مالي لفلان ثم سدس مالي لفلان فله السدس سواء اتحد المجلس او اختلف لان السدس ذكر معرفا بالاضافة الى مال المالك والمعرفة متى اعيدت معرفة يراد بالثاني عين الاول هو المعهود في اللغة ولهذا قال ابن عباس رضي في قوله تعالى فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا لن يغلب عسر يسرين ولو اوصى بثلث دراهمه او بثلث غنمه او بثلث ثيابه وهي اي الثياب من جنس واحد فهلك الثلثان منها وبقي ثلثها فله الباقي اي فللموصى له جميع الباقي من ذلك النوع ان خرج تمام الباقي من الثلث اي من ثلث كل ماله وقال زفر له ثلث ما بقي من ذلك النوع لان كل واحد من الهالك والباقي مشترك بين الورثة والموصى له والمال المشترك يهلك ما يهلك منه على الشركة ويبقى الباقي عليها وصار كما اذا كان الموصى به اجناسا مختلفة ولنا ان هذا جنس واحد فيمكن فيه جمع حق شائع لكل واحد في فرد ولهذا يجرى فيه الجبر على القسمة وجميع الوصية مقدمة عليها فجمعنا حق الموصى له في هذا الباقي تقديما للوصية على الارث لان الموصى له جعل حاجته في هذا النوع المعين فكان حق الورثة كالتبع وحق الموصى له كالاصل والاصل في مال ذا اشتمل على اصل وتبع اذا هلك شيء منه ان يجعل الهالك من التبع دون الاصل كمال المضاربة اذا كان فيه ربح وهلك بعضه يصرف الهالك الى الربح الذي هو تبع لا الى رأس المال وصارت الوصية بثلث الدراهم كالوصية بالدرهم الواحد ولو اوصى بدرهم وله ثلاثة دراهم فهلك درهمان وبقي درهم وهو يخرج من ثلث بقية ماله كان له الدرهم فكذا هذا بخلاف الاجناس المختلفة فان الجمع فيها غير ممكن حتى لو ترك كما وطلب بعض الورثة القسمة وابى الباقون فان القاضي لا يجبرهم على القسمة لان الغرض من القسمة الانتفاع فلا بد من المعادلة وهي فيها متعذرة واذا تعذر الجمع تعذر التقديم لان فيه الجمع فبقي الكل مشتركا بين الورثة والموصى له اثلاثا فما هلك يهلك على الشركة وما بقي يبقى عليها اثلاثا وهذا اذا استوى الحقان اما اذا كان احدهما مقدما على الآخر فما هلك يصرف الى المؤخر كما اذا كان في التركة ديون ووصايا وورثة ثم هلك بعض التركة فان الهالك يصرف الى المؤخر وهو الوصية والارث لان الدين مقدم عليهما وهنا الوصية مقدمة على الارث لقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين فيصرف الهلاك الى الارث تقديما للوصية على وجه لا ينقص حق الورثة عن الثلثين من جميع التركة اذ لا يسلم للموصى له شيء حتى يسلم للورثة ضعف ذلك وكذا كل مكيل وموزون وان اوصى بثلث ثيابه وهي متفاوتة فهلك الثلثان منها فله ثلث ما بقي منها وان بثلث عبيده او دوره فكذلك يعني ان اوصى بثلث عبيده فهلك الثلثان منهم وبقي الثلث وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله كان له ثلث الباقي عند ابي حنيفة لانه لا يرى الجبر على المقاسمة في مثل الرقيق وعندهما كل الباقي من هذا النوع لان العبيد جنس واحد وكذا الدور فيكون للموصى له العبد الباقي والدار الباقية لان للقاضي ان يقسم قسمة واحدة فيجمع نصيب كل واحد منهم في عبد باعتبار القيمة لاتحاد الجنس وقيل يتوافقان اي الامامان يتوافقان الامام لان عندهما لا يجب على القاضي القسمة بل يجوز له ان يجتهد ويجمع وبدون اجتهاد القاضي وجمعه يتعذر الجمع واذا هلك لم يكن هناك فعل القاضي فكان المال على الشركة ما بقي وما هلك وقال الفقيه ابو الليث وفخر الاسلام الى الاول وهو ان يكون في المسئلة اختلاف وهو اشبه للفقه المذكور وهو ان ابا حنيفة لا يرى الجبر على القسمة في الرقيق والدور المختلفة لانه يجعلها اجناسا مختلفة لكثرة التفاوت وهما يريان ذلك لانهما يجعلانها جنسا واحدا فالدواب كالعبيد فيما ذكرنا

زفر له ثلث الباقي في الجميع وان اوصى بالف وله اي للموصي مال عين ودين فهي اي الالف الموصى بها عين ان خرج من ثلث العين بان كان له ثلاثة الاف درهم نقدا لان الموصى له شريك الوارث والاصل في المال المشترك ان يوفى حق كل من الشركاء بلا بخس في حق احد وقد امكن هنا تنفيذ الوصية من العين الموجودة التي هي محلها من غير اضرار الورثة فتنفذ منها والا اي وان لم تخرج الالف من ثلث العين دفع الى الموصى له ثلث العين وثلث ما يستوفي ويحصل من الدين حتى تتم الالف الموصى بها لان التركة مشتركة بين الموصى له والوارث فيشتركان في العين والدين بقدر حصصهما وفي تخصيصه بالعين بخس بحق الوارث لان العين خير من الدين ولان الدين ليس بمال في مطلق الحال ولهذا لو حلف انه لا مال له وله دين على الناس لا يحنث وانما يصير مالا عند الاستيفاء وباعتباره تناولته الوصية فيعتدل النظر بقسمة كل واحد من الدين والعين اثلاثا فيصار اليه وان اوصى بالثلث لزيد وعمرو والحال ان احدهما او زيد ميت فكله اي فكل الثلث للحي لان الميت ليس باهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من اهلها كما اذا اوصى لزيد وجدار وعن ابي يوسف انه اذا لم يعلم بموته كان له نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة له فلم يرض للحي الا نصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصية للميت لغو فكان راضيا بكل الثلث للحي وان قال ثلث مالي بين زيد وعمرو واحدهما ميت فالنصف اي نصف الثلث للحي لان كلمة بين توجب التنصيف ولا يتكامل لعدم المزاحمة بخلاف ما اذا قال لفلان وفلان فاذا احدهما ميت حيث يكون للحي كل الثلث لان الجملة الاولى كلام يقتضي الاختصاص بالحكم الا ان العطف يقتضي المشاركة في الحكم المذكور والمذكور وصية بكل الثلث وتنصيف بحكم المزاحمة فاذا زالت المزاحمة يتكامل الا ترى ان من قال ثلث مالي لفلان وسكت كان له جميع الثلث ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث كله بل نصفه وان اوصى بثلث ماله ولا مال له وقت الوصية فاكتسب فله ثلث ماله عند الموت لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت سواء اكتسبه بعد الوصية او قبلها بعد ان لم يكن الموصى به عينا او نوعا معينا واما اذا اوصى بعين او بنوع من ماله فاشار اليه بقوله وان اوصى بثلث غنمه ولا غنم له او كان فهلك قبل موته بطلت لانها تعلقت بالعين فتبطل بفواتها قبل الموت حتى لو اكتسب غنما آخر او عينا آخر بعد ذلك لا يتعلق حق الموصى له بذلك كذا في الزيلعي وان اوصى بثلث غنمه ولم يكن له غنم ثم استفاد غنما ثم مات الموصى صحت الوصية لانها لو كانت بلفظ المال تصح فكذا اذا كانت بلفظ نوعه لان وجوده قبل الموت فضل والمعتبر قيامه عند الموت قوله في الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ ان الوصية باطلة لانه اضاف الى مال خاص فصار بمنزلة التعيين قال الفقيه ابو الليث هذا القول ليس بصحيح عندنا لانه اضاف الوصية الى غنم مرسل بغير تعيين فصار بمنزلة اضافته الى ثلث المال وان اوصى بشاة من ماله ولا شاة له فله اي للموصى له قيمتها لانه لما اضاف الشاة الى المال علمنا ان مراده الوصية بمالية الشاة اذ ماليتها توجد في مطلق المال الا ترى الى قوله عليه السلام في خمس من الابل السائمة شاة وعين الشاة لا توجد في الابل وانما تؤخذ ماليتها منها وتبطل لو بشاة من غنمه ولا غنم له يعني لو اوصى بشاة ولم يضفها الى ماله ولم يكن له غنم قيل لا تصح لان المصحح اضافتها الى المال وبدون الاضافة الى المال تعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل تصح لانه لما ذكر الشاة وليس في ملكه شاة علم ان مراده المالية ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما اضافها الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعلها جزءا من الغنم بخلاف ما اذا اضافها الى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل فمنها ما ذكر في المبسوط لو قال قفيز حنطة من مالي او ثوب من مالي فانه يصح الايجاب وان لم يكن ذلك في ملكه بخلاف ما اذا قال من حنطتي او من ثيابي فانه اذا لم يوجد ذلك في ملكه او هلك قبل موته فلا شيء للموصى له كذا في شرح الهداية

ودكر في الفصل الثاني من وصايا الذخيرة وفي نوادر ابن سماعة عن محمد اذا قال اوصيت لفلان بجميع نصيبي من بيت الدار وهو الثلث فاذا النصيب من الدار النصف فله النصف كله ولو قال نصيبي والبيع الوصية فان من قال لغيره بع من فلان جميع نصيبي من هذا الحلاف وهو الثلث بكذا فكان النصف فالبيع يقع من بيت الدار وهو على الثلث

واذا اوصى بدابة لرجل دخل تحت الوصية الخيل والحمار والبغل لان هذه الاشيا دابة لغة وعرفا ولا يدخل تحت الوصية
البقر والجاموس وهذا استحسان والقياس ان يدخل لان الدابة لغة اسم مشتق من قولهم دب يدب وكل ما يدب
على وجه الارض ينطلق عليه هذا الاسم وجه الاستحسان ان اسم الدابة في عرف الاستعمال ينطلق على الانواع الثلاثة
الخيل والبغل والحمار ولا ينطلق على غيرها فصار ما عدا الانواع الثلاثة مخصوصا عن هذا الاسم بحكم الاستعمال الآن يكون
في موضع دوابهم الجاموس والبقر والبعير ايا ما يركبون وايا ما يسمون الدواب فح يدخل هذه الاشيا في الوصية
لان المخصص وهو العرف لم يوجد كذا في الفصل السادس والثلثين من العمادية وان اوصى بثلث ماله لامهات
اولاده وهن ثلاث وللفقراء والمساكين فلهن ثلاثة اخماس لكل فريق خمس يعني ان اوصى بثلث ماله لامهات
اولاده وللفقراء والمساكين فللكل ثلث فيقسم الثلث اخماسا فلامهات اولاده ثلاثة اسهم من خمسة سهم لكل
طائفة من الفقراء سهم وللمساكين سهم عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد يقسم الثلث اسباعا فلهن
ثلاثة اسباعه ولكل فريق من الفقراء والمساكين سبعان لان المذكور لفظ الجمع وادناه في الميراث اثنان فامهات
الاولاد ثلاث فكان المجموع سبعة فيقسم اسباعا ولهما ان اسم الجنس المحلى بالالف واللام يتناول الادنى
مع احتمال الكل كالفرد المحلى بها اذا اريد بهما الجنس اذا لم يكن ثمه معهود قال الله تعالى لا يحل لك النساء من بعد وقال وجعلنا
من الماء كل شيء حي ولا يحتمل ما بينهما فتعين الادنى لتعذر ارادة الكل ولهذا لو حلف لا يشترى العبيد يحنث
بالواحد فيتناول من كل فريق واحدا وامهات الاولاد فبلغ السهام خمسة وليس فيما تلى دلالة على ما ذكر لان
المذكور في الآيتين نكرة وكلامنا في المعرفة حتى لو كان فيما نحن فيه منكرا فلنا كما قال ثم هذه الوصية تكون لامهات اولاد اللاتي
يعتقن بموته واللاتي عتقن في حيوته ان لم يكن له امهات اولاد غيرهن فان كان له امهات اولاد عتقن في حيوته
وامهات اولاد يعتقن بموته لان الاسم لهن في العرف واللاتي عتقن حال حيوته موالي لا امهات اولاد وانما تصرف اليهن
الوصية عند عدم اولئك لعدم من تكون اولى منهن بهذا الاسم كذا في الزيلعي وشروح الهداية وان اوصى بثلث ماله
لزيد وللفقراء فله اي فلزيد نصفه اي نصف الثلث ولهم اي للفقراء نصفه لما عرفت ان الجمع المحلى باللام اذا لم يكن ثمه معهود
وتعذر صرفه الى جميع الافراد يصرف الى الواحد فيراد بالفقراء الواحد فالثلث بينه وبين زيد نصفين وعند محمد
لزيد ثلثه ولهم ثلثاه لان اقل الجمع في الميراث اثنان والوصية اخت الميراث فيقسم الثلث بين زيد وبين اثنين
من الفقراء اثلاثا ثم موضع الخلاف ذكر الفقراء مطلقا اذ لو اشار الى جماعة وقال ثلث مالي لهؤلاء الفقراء لا يجوز صرفه
الى واحد اتفاقا من الحقائق كذا في شرح المجمع ولو اوصى لثلاثة مساكين فعند محمد لا يجوز صرفه الى واحد وعندهما يجوز
لما مر ولو اوصى بثلث ماله لفلان وللفقراء والمساكين قال ابو حنيفة سهم لفلان وسهم للمساكين وسهم
للفقراء لان الفقراء والمساكين صنفان فكانه اوصى لثلاثة وعند ابي يوسف سهم لفلان وسهم للفقراء والمساكين
لانهما صنف واحد من حيث المعنى اذ كل واحد من الاسمين ينبئ عن الحاجة وعند محمد يقسم على خمسة سهم لفلان
ولكل صنف سهمان لما مر كذا في الاختيار وقد مر في باب مصرف الزكوة ان الصحيح قول ابي حنيفة رح ولو اوصى بمائة لزيد
ومائة لعمرو ثم قال لبكر اشركتك معهما فله اي فلبكر ثلث ما لكل فيكون له ثلث المائتين تحقيقا للشركة اذ الشركة تقتضي
المساواة لغة وقد امكن اثباته بين الكل لاتحاد المال فيصيب كل واحد منهم ثلث مائة ولو اوصى بمائة لزيد ومائة وخمسين
لعمرو ثم قال لبكر اشركتك معهما فلبكر نصف ما لكل واحد منهما لانه تعذر المساواة بين الكل لتفاوت المالين فحملناه
على مساواة كل واحد منهما عملا بلفظ الشركة بقدر الامكان ولو اوصى لرجل بجارية ولآخر بجارية اخرى ثم قال لآخر اشركتك

معهما فان

معهما فان كانت قيمة الجاريتين متفاوتة كان له نصف كل واحدة منهما بالاجماع وان كانت قيمتهما على السواء
فله ثلث كل واحدة منهما عندهما وعند ابي حنيفة له نصف كل واحدة منهما بناء على انه لا يرى قسمة الرقيق فيكون
كجنسين مختلفين وهما يريانها فصار كالدراهم المتساوية ولو اوصى لرجل بثلث ماله ثم قال لآخر اشركتك
او ادخلتك معه فالثلث بينهما كذا في الزيلعي وان قال لورثته لفلان علي دين فصدقوه فانه يصدق الى الثلث
استحسانا والقياس ان لا يصدق لانه اقر بمجهول والاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكن لا يحكم به الا اذا قرن به
من جهة المقر بيان وقد فاته لموته وقوله فصدقوه فيما قال لا يصلح بيانا اذ هو مخالف للشرع لان المدعي لا يصدق
الا بحجة فتعذر جعله اقرارا فلا يعتبر فصار نظير من قال كل من ادعى شيئا فاعطوه فانه باطل لكونه مخالفا للشرع
الا ان يقول ان رأى الوصي ان يعطيه فح يجوز من الثلث وجه الاستحسان انا نعلم ان المقر قصد بهذا الكلام
تقديمه على الورثة وهو مالك لذلك في الثلث فامكن تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج المقر الى مثل هذا الكلام
لعلمه باصل الحق عليه دون مقداره فيسعى في تفريغ ذمته فيجعلها وصية جعل فيها التقدير الى الموصى له كانه قال اذا
جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي ما شاء فهذه معتبرة فكذا هذا فتصدق الى الثلث دون الزيادة فان
اوصى مع ذلك بوصايا عزل ثلث لها اي لاصحاب الوصايا وثلثان للورثة لان الوصايا حقوق معلومة
في الثلث والميراث معلوم في الثلثين والدين مجهول فلا يزاحم المعلوم فقدمنا عزل المعلوم وفي الافراز فائدة
اخرى وهو ان احد الفريقين قد يكون اعرف بمقدار هذا الحق وابصر به والآخر الد خصاما وربما يختلفون في الفضل
اذا ادعاه الخصم وبعد الافراز يصح اقرار كل واحد فيما في يده من غير منازعة واذا عزل يقال لكل من اصحاب الوصايا
والورثة صدقوه اي مدعي الدين ما شئتم فيؤخذ اصحاب الوصايا بثلث ما اقروا به ويؤخذ الورثة بثلثي ما اقروا
به لان هذا دين في حق المستحق ووصية في حق التنفيذ فاذا اقر كل فريق بشيء ظهر ان في التركة دينا شائعا في النصيبين
فيؤخذون بهذا الطريق واقرار كل فريق نافذ في حق نفسه فيلزم بحصته ويحلف كل على العلم بدعوى الزيادة على ما
اقروا به يعني اذا ادعى المقر له الاكثر من ذلك حلف كل فريق على العلم لانه تحليف على فعل الغير لانه تحليف على ما جرى بينه
وبين غيره كذا في الهداية وسائر المعتبرات وهذا مشكل من حيث ان الورثة كانوا يصدقونه الى الثلث ولا يلزمهم
ان يصدقوه في اكثر من الثلث وههنا لزمهم ان يصدقوه في اكثر من الثلث لان اصحاب الوصايا اخذوا الثلث
على تقدير ان يكون الوصايا تستغرق الثلث كله ولم يبق في ايدي الورثة من الثلث شيء فوجب ان لا يلزمهم تصديقه
والله اعلم كذا في الزيلعي وان اوصى بعين لوارثه ولاجنبي فللاجنبي نصفها ولا شيء للوارث لانه اوصى بما يملك
وما لا يملك فتصح فيما يملك وتبطل فيما لا يملك بخلاف الوصية للحي والميت لما مر ان الميت ليس اهلا للتمليك فلا يكون مزاحما
اما الوارث فاهل حتى تصح باجازة باقي الورثة فيصلح مزاحما فافترقا وعلى هذا اذا اوصى للقاتل وللاجنبي وهذا بخلاف ما اذا اقر بعين
او دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي ايضا لان الوصية انشاء تصرف وهو تمليك مبتداء لهما والشركة
يثبت حكما للتمليك فتصح في حق من يستحقه دون الآخر لان بطلان التمليك لاحدهما لا يوجب بطلانه في حق الآخر اما الاقرار
فاخبار عن كائن وقد اخبر بوصف الشركة في الماضي ولا وجه الى اثباته بدون هذا الوصف لانه خلاف ما اخبر به ولا
الى اثبات هذا الوصف لانه يصير الوارث فيه شريكا قال في النهاية قال التمرتاشي هذا اذا تصادقا اما اذا انكر الاجنبي شركة
الوارث او انكر الوارث شركة الاجنبي فانه يصح اقراره في حصة الاجنبي عند محمد لان الوارث مقر ببطلان حقه وبطلان
حق شريكه فيبطل في حقه ويثبت في نصيب الآخر وعندهما يبطل في الكل لان حق الوارث لم يتميز عن حق الاجنبي وانما وجبه مشتركا

بينهما فيبطل كما بينا كذا في الهداية والزيلعي **فروع** واذا مات الرجل وترك امرأة وليس له وارث آخر غيرها واوصى لاجنبي بجميع ماله ولامرأته بجميع ماله يأخذ الاجنبي ثلث المال بلا منازعة وللمرأة ربع ما بقي وهو السدس بحكم الميراث يبقى نصف المال يكون بينها وبين الاجنبي نصفين ولو ان امرأة ماتت واوصت بجميع مالها لزوجها وليس لها وارث سواه واوصت بجميع مالها لاجنبي او اوصت لكل واحد منهما بنصف المال يأخذ الاجنبي اولا ثلث المال بلا منازعة يبقى ثلثا المال للزوج نصف ذلك لان الوصية بقدر الثلث للاجنبي مقدم على الميراث ويبقى ثلث المال يكون ذلك بين الاجنبي والزوج اثلاثا ثلث ذلك يكون للاجنبي وثلثاه للزوج هكذا في فتاوى قاضيخان قيل فيه اشكال وهو ان ما ذكره من تثليث الباقي بين الزوج والاجنبي مخالف لما ذكره في المسئلة السابقة من التنصيف بين المرأة والاجنبي اذ الظاهر اتحاد حكمي المسئلتين لان الوصية فيهما بجميع المال وكون فرض الرجل ضعف فرض المرأة لا يؤثر في تكثير نصيبه في الموصى به والذي يخطر بالبال ان يقال ان لفظة او وصت بجميع مالها في قوله واوصت بجميع مالها لاجنبي ليس من كلام قاضيخان بل زادها من استنسخ من نسخة الام اولا بل عبارة الامام قاضيخان في اصل النسخة هكذا واذا ماتت امرأة وتركت زوجها وليس لها وارث سواه واوصت بجميع مالها لزوجها وللاجنبي او اوصت لكل واحد منهما بنصف مالها يأخذ الاجنبي اولا الخ فتكون كلمة او للتخيير في التعبير كما في قوله تعالى ادعوا الله او ادعوا الرحمن وانما سلك بهذا المسلك اقتداء بما ذكره محمد في الزيادات بان قال امرأة ماتت وتركت زوجها وليس لها وارث سواه واوصت له وللاجنبي بجميع مالها او اوصت لكل واحد منهما بنصف مالها يجعل المال من ستة لحاجتنا الى مال له ثلث ولثلثه نصف ثلثه للاجنبي ونصف ما بقي للزوج بالارث بقي سهمان يقسم بينهما ثم ذكر وصية الرجل لامرأته الى آخر ما فصله واشار في عبارته الى حصول ذلك المقصود بالتعبيرين المذكورين والامام قاضيخان ذكر من مسئلتي وصية الرجل المسئلة الاولى وترك ذكر الثانية ومن مسئلتي وصية المرأة المسئلة الثانية وترك ذكر الاولى اعتمادا على انفهام حكم كل واحدة من المتروكين من حكم المذكورتين في الاخرى فمن راجع الى محله من شرح الزيادات لا يشتبه عليه شيء مما ذكرنا والله اعلم بالصواب وان اوصى لكل من ثلاثة بثوب ذي جيد ووسط ورديء فضاع ثوب ولم يدر ايها والورثة تقول هلك حقك بطلت الوصية يعني لرجل ثلاثة اثواب جيد ووسط ورديء تخرج من ثلث ماله واوصى لكل واحد منها لرجل بعينه ثم مات فهلك احد الاثواب ولا يدرى ايها هو وقالت الورثة لكل واحد من اصحاب الوصايا بعينه قد هلك الثوب الذي هو حقك كانت الوصية باطلة كما اذا اوصى لاحد الرجلين لكون المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود الذي هو اتمام غرض الموصي الا ان يسلم الورثة لهم الثوبين الباقيين فان سلموا ما بقي من الثياب فلم تصح الوصية لانها انما بطلت لجهالة طارية مانعة من التسليم فاذا سلموا الباقي زال المانع وعادت صحيحة على ما كانت فيقسم بينهم كما اشار اليه بقوله فلذي الجيد ثلثا جيدهما ولذي الرديء ثلثا رديهما ولذي الوسط ثلث كل واحد منهما اي من الباقيين وذلك لان صاحب الجيد الاصلي لا حق له في الرديء من الباقيين بيقين لان الرديء منهما اما ان يكون وسطا او رديا اصليا ولا حق لصاحب الجيد فيهما واحتمل ان يكون حقه في هذا الجيد بان كان الهالك هو الوسط او الرديء ويحتمل ان لا يكون له فيه حق بان يكون الهالك هو الجيد وصاحب الرديء الاصلي لا حق له في الجيد الباقي بيقين لانه اما ان يكون هو الجيد الاصلي او الوسط ولا حق له فيهما واحتمل ان يكون حقه في الرديء بان كان الهالك هو الجيد او الوسط واحتمل ان لا يكون له فيه حق بان كان الهالك هو الرديء وصاحب الوسط يحتمل ان يكون حقه في الجيد الباقي بان كان الهالك اجود ويحتمل ان يكون في الرديء الباقي بان يكون الهالك اردء ويحتمل ان لا يكون له فيهما حق بان كان الهالك هو الوسط فاذا كان

كذلك اعطى

كذلك اعطى كل حق واحد منهم حقه من محل يحتمل ان يكون هو له لان التسوية بايصال حق كل واحد منهم اليه واجبة وهم في احتمال بقاء حقه وبطلانه سواء وفيما قلنا ايصال حق كل واحد منهم بقدر الامكان وتحصيل غرض الموصي من التفصيل فكان متعينا وان اوصى ببيت معين من دار مشتركة قسمت يعني اذا كان الدار مشتركة بين اثنين فاوصى احدهما ببيت بعينه لرجل فان الدار تقسم فان خرج البيت الموصى به في نصيب الموصي فهو للموصى له عندهما وعند محمد له نصفه اي نصف ذلك البيت والا اي وان لم يخرج البيت في نصيب الموصي بل وقع في نصيب الآخر فله اي للموصى له قدر ذرعه اي مثل ذرع ذلك البيت من نصيب الموصي عندهما وعند محمد له قدر نصف ذرعه لمحمد انه اوصى بملكه وبملك غيره لان الدار بجميع اجزائها مشتركة فينفذ في ملكه ويتوقف الباقي على اجازة صاحبه ثم اذا ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية السابقة كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم اقتسموا ووقع البيت في نصيب الموصي كان للموصى له نصفه لانه عين ما اوصى به وان وقع في نصيب صاحبه كان له مثل نصف البيت لانه يجب تنفيذها في البدل عند تعذر تنفيذها في عين الموصى به كالجارية الموصى بها اذا قتلت خطأ تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما اذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع لكونه رجوعا عنها ولا تبطل بالقسمة ولهما انه اوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لان الظاهر ان الموصي يقصد الايصاء بملك منتفع به من كل وجه وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت اذا وقع في نصيبه فينفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة في القسمة تابع وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه ولا تبطل الوصية اذا وقع البيت كله في نصيب شريكه ولو كانت مبادلة لبطلت كما لو باع الموصي لكن نعطي اعتبار الافراز صار كان ملكه في الابتداء وان وقع في نصيب الآخر ينفذ في قدر ذرعان البيت جميعه من الذي وقع في نصيب الموصي لانه عوضه كما في الجارية الموصى بها ولان مراد الموصي من ذكر البيت التقدير به تحصيلا لمقصوده ما امكن الا انه يتعين البيت اذا وقع في نصيب الموصي جمعا بين الجهتين التقدير والتمليك واذا وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير ثم اذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة ذراع والبيت عشرة يقسم نصيب الموصي بين الموصى له والورثة وكيفية القسمة بينهم مذكورة في الهداية والزيلعي والاقرار ببيت معين من دار مشتركة كالوصية به حيث يؤمر بتسليم كله ان وقع في نصيب المقر عندهما وان وقع في نصيب الآخر يؤمر بتسليم مثله وعند محمد يؤمر بتسليم النصف او قدر النصف وقيل لا خلاف فيه اي في الاقرار لمحمد وهو المختار والفرق له ان الاقرار بملك الغير لا يصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تنفذ فيه الوصية وان اوصى بالف عين من مال غيره فلم يجز بها الاجازة بعد موت الموصي ودفع الالف الى الموصى له فله اي لرب الالف المنع بعد الاجازة لان هذا تبرع بمال الغير فيتوقف على الاجازة فاذا اجاز كان منه هذا ابتداء تبرع فله ان يمتنع من التسليم كسائر التبرعات بخلاف الورثة لو اجازوا ما زاد على الثلث او للقاتل او للوارث فاجازتها الورثة حيث لا يكون لهم ان يمتنعوا من التسليم لان الوصية في نفسها صحيحة لمصادفتها ملكه وانما الامتناع لحق الورثة وقد سقط حقهم بالاجازة فتنفذ من جهة الموصي وان اقر احد الابنين بعد القسمة بوصية ابيه بالثلث فعليه دفع ثلث نصيبه استحسانا والقياس ان يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر لان اقراره بالثلث له يتضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية في اعطاء النصف ليبقى له النصف وجه الاستحسان انه اقر له بثلث شايع في التركة وهي في ايديهما فيكون مقرا بثلث ما في يده وبما في يد اخيه فيقبل اقراره في حق نفسه لولايته على نفسه ولا يقبل في حق اخيه لعدم ولايته عليه فيعطيه ثلث ما في يده

بخلاف ما اذا اقر احدهما بدين على ابيهما حيث ياخذ صاحب الدين المقر له جميع ما في يد المقر حتى يستوفي دينه ولا شيء للمقر ان لم يفضل منه شيء لان الدين مقدم على الميراث فيكون مقرا بتقدمه عليه فيقدم عليه ولا كذلك الوصية لان الموصى له شريك الورثة فلا ياخذ شيئا الا اذا اسلم للوارث ضعف ذلك ولا نسلم انه اقر له بالمساواة بل اقر له بثلث التركة وانما حصلت المساواة باتفاق الحال ولهذا لو لم يكن له اخ فاقر بالوصية لا يزيد حقه على الثلث ولو كان مقرا له بالمساواة حالة الانفراد ايضا بخلاف ما اذا اقر باخ ثالث وكذبه اخوه حيث يكون ما في يد المقر بينهما نصفين لانه اقر له بالمساواة فيساويه مطلقا ولهذا لو كان وحده ايضا ساواه فيكون ما اخذه المنكر هالكا عليهما وان اوصى بامة فولدت بعد موته فهما للموصى له ان خرجا من الثلث لان الام دخلت في الوصية اصالة والولد تبعا حين كان متصلا بها فاذا ولدت قبل القسمة والتركة مبقاة على ملك الميت قبلها حتى يقضي به ديونه وتنفذ منه وصاياه دخل الولد في الوصية فيكونان للموصى له والا اي وان لم يخرجا من الثلث اخذ الثلث منها ثم منه يعني ضرب الموصى له بالثلث واخذ ما يخصه من الام اولا فان فضل شيء اخذه من الولد عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما منهما على السواء لان الولد دخل في الوصية تبعا حال اتصاله بها فلا يخرج عن الوصية بالانفصال بل تسري الوصية الى الولد الحادث قبل القسمة كما يسري البيع الى الولد الحادث قبل القبض فصار كان الولد كان موجودا فاوصى بهما وقيمتهما مثل نصف المال تنفذ الوصية في ثلثي كل واحد منهما كذلك ههنا وله ان الام اصل في الوصية والولد تبع فيها والتبع لا يزاحم الاصل فلو نفذنا الوصية منهما جميعا تنتقض الوصية في بعض الاصل وفيه من ابطال الاصل بالتبع وذلك لا يجوز بخلاف البيع لان تنفيذه في البيع لا يؤدي الى نقضه في الاصل بل يبقى تاما صحيحا فيه فافترقا هذا اذا ولدته قبل القبول وقبل القسمة وان ولدته بعدهما فهو للموصى له لانه نماء ملكه حالها لتقرر ملكه فيه بعدهما وان ولدته بعد القبول وقبل القسمة ذكر القدوري انه لا يصير موصى به ولا يعتبر خروجه من الثلث وكان للموصى له بجميع المال كما ولدته بعد القسمة ومشايخنا قالوا يصير موصى به حتى يعتبر خروجه من الثلث كما اذا ولدته قبل القبول وان ولدته قبل موت الموصي لم يدخل تحت الوصية فيكون لورثته كيف ما كان والكسب كالولد في جميع ما ذكرنا كذا في الزيلعي

باب العتق في المرض

الاعتاق في المرض من انواع الوصية لكن لما كان له احكام مخصوصة افرده بباب على حدة واخره عن صريح الوصية لان الصريح هو الاصل وقدمه على الابواب الآتية لان العتق وان كان في المرض لا يلحقه الفسخ بخلاف غيره مما ياتي العبرة بحال التصرف في التصرف المنجز في التصرف الانشائي الذي فيه معنى التبرع بخلاف التصرف الاخباري فانه اذا اقر بالدين في المرض تقدم كل المال فان كان ذلك التصرف في حال الصحة فمن اي فيعتبر من كل المال لان حق الورثة انما يتعلق بماله في مرض الموت لا بماله حال الصحة وقد نجز في حال الصحة اي وجب حكمه فيه فنفذ من الكل لعدم المزاحم وان كان ذلك التصرف في مرض الموت فمن ثلثه لتعلق حق الورثة بماله حينئذ فصار محجورا عليه في الزائد على الثلث والتصرف المضاف الى الموت وهو ما اوجب حكمه بعد موته كانت حر بعد موتي او هذا لزيد بعد موتي من الثلث وان للموصل كان في الصحة اي ولو كان هذا التصرف والايجاب في حال الصحة اذ المعتبر حال الاضافة لا حال العقد وكل مرض صح المريض منه كالصحة لان حق الورثة والغرماء لا يتعلق حقهم بماله الا في مرض موته وبالبرء تبين انه ليس بمرض الموت فلا حق لاحد في ماله فلو قال المريض ان مت في مرضي هذا فعبدي حر فبرئ من هذا المرض فالوصية باطلة وان اطلق وقال ان مت فعبدي حر فبرئ فالوصية باقية وان عاش بعد ذلك سنين كما في التتمة ذكره القهستاني ثم المريض الذي يعتبر تصرفاته من الثلث اذا صار صاحب الفراش لا يطيق القيام الى حاجته ويجوز له الصلوة قاعدا ويخاف عليه الموت

كذا ... [illegible] ... الفقه [illegible]

اما اذا طال

اما اذا طال به المرض ولا يخاف عنه الموت كالفالج والشلل وكما اذا كان زمنا او مقعدا او يابس الشق فهذا لا يكون في حكم المرض الا اذا تغير حاله من ذلك ومات منه ذلك التغير فما فعل في حالة التغير يعتبر من الثلث والذي في السفينة حكمه حكم الصحيح فان هاجت الامواج فحكمه حكم المريض هكذا في شرح الطحاوي وقال الامام الفضلي المريض مرض الموت ان لا يخرج الى حوائجه بنفسه وفي التجريد اعتمد عليه والشيخ الامام ظهير الدين المرغيناني كان يحكي عن استاذه شمس الاسلام ان المعتبر في حق الفقيه ان لا يقدر على الخروج الى المسجد وفي السوقي ان لا يقدر على الخروج الى الدكان وفي المرأة ان لا تقدر على الخروج الى السطح ولو كان المريض يقوم بحوائجه في البيت كالمشي الى الخلاء ولا يقوم بحوائجه خارج البيت فهو في حكم مرض الموت عند عامة مشايخ بخارى وعند عامة مشايخ بلخ هو في حكم الصحيح وقال الفقيه ابو الليث كونه صاحب الفراش ليس بشرط لكونه مريضا مرض الموت بل العبرة لغلبة الموت وان كان يخرج من البيت وبه كان يفتي الصدر الشهيد كذا في الخلاصة فالتحرير اي اعتاقه والمحاباة اي معاطاته في الاجارة والمهر والشراء والبيع بان باع مريض مثلا من اجنبي حابيا وبمائة بخمسين كما في النتف والكفالة وكذا ضمانه بغيرها فلو قال المريض لغيره فابيعها على اني ضامن او بعه بكذا على اني ضامن لمائة فالالف والمائة عليه لا على المحال له والمشتري والهبة اي هبة المريض للاجنبي عينا من ماله مع القبض وكذا صدقته وابراؤه حتى لو مرض ابن وله ام لها عليه دين فمات ثم ابرأته صح من الثلث لانه صار اجنبيا بالموت كما في المنية كذا في القهستاني وصية في اعتباره من الثلث لانها تبرعات في المرض بما تعلق به حق الورثة فان اعتق وحابى وضاق الثلث عنهما فالمحاباة اولى ان قدمت المحاباة فان باع المريض الاجنبي عبدا قيمته مائتان بمائة ثم اعتق عبدا قيمته مائة ولا مال له غيرهما يصرف الثلث الى المحاباة فيسلم العبد للمشتري بمائة وان لم يبق من الثلث شيء الا ان العتق لا يمكن رده فيسعى العبد في كل قيمته للورثة وبهما اي الاعتاق والمحاباة سواء ان اخرت المحاباة فلو اعتق العبد الذي قيمته مائة ثم باع العبد الذي قيمته مائتان بمائة قسم الثلث وهو المائة بينهما نصفين فالعبد معتق يعتق نصفه مجانا ويسعى في نصف قيمته وصاحب المحاباة ياخذ العبد الآخر بمائة بخمسين عنده واما عندهما فالعتق اولى سواء قدم المحاباة او اخرها فيعتق العبد مجانا لان قيمته بقدر الثلث ويخير المشتري ان شاء نقض البيع ورد العبد لما لزمه من الزيادة في الثمن من غير رضاه وان شاء امضى العقد وادى كمال قيمة العبد مائتي درهم والاصل فيه ان الوصايا اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من اصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض الا العتق المنجز في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح والمحاباة في البيع اذا وقعا في المرض لان الوصايا قد تساوت والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق وانما قدم العتق المذكور لانه اقوى فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه الفسخ كالوصية بالعتق والوصية بالمال وكذا المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه الفسخ واذا قدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من اهل الوصايا ولا يقدم البعض على البعض لهما ان العتق اقوى من المحاباة لما ذكرنا من الحصر ولا معتبر بالتقديم في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت الا ترى انه اذا اوصى بثلث ماله لفلان ولفلان كان بينهم اثلاثا وصل او فصل ولا عبرة بالبداءة فكذا ههنا وله ان المحاباة اقوى لانها تثبت في ضمن عقد المعاوضة معنى وبالمرض لا يلحقه الحجر عنها فكان تبرعا بمعناها لا بصيغتها حتى ياخذ الشفيع ويملكه العبد والصبي الماذون لهما والاعتاق تبرع صيغة ومعنى لانه لم يثبت في ضمن المعاوضة وبالمرض يلحقه الحجر عنه فاذا وجد المحاباة اولا دفعت الاضعف واذا وجد العتق اولا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة وان اعتق بين المحاباتين بان حابى ثم اعتق ثم حابى فنصف من الثلث للاولى اي للمحاباة الاولى ونصف بين العتق وبين المحاباة

الاخيرة يعني يقسم بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان وان حابى بين عتقين بان اعتق ثم حابى ثم اعتق فنصف للمحاباة ونصف للعتقين لان المحاباة مقدمة على العتق الثاني فلا يكون مساويا لها والعتق الاول مقدم على المحاباة فيزاحمها في الثلث ثم ما اصاب العتق الاول يشاركه فيه العتق الاخير للمجانسة والمساواة بينهما هذا كله عنده وعندهما العتق اولى في الجميع وقد عرفت وجههما وقال زفر ما بداء به الموصي منهما فهو اولى لان البداية به دليل على ان اهتمامه به اكثر فكان غرضه تقديمه فيتبع غرضه وجوابه ما مر وان اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم بطلت الوصية وهذا قول ابي حنيفة في العتق وعندهما يعتق بما بقي ولو كان مكان العتق حج فهلك منها درهم حج بما بقي اجماعا قال في الهداية وان كانت تشيع يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ وان لم يهلك شيء منها وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة انتهى قال الامام الكشاني الا ان يكون الموصي جعل الفضل للذي حج عنه فيكون له كذا في العناية وقد مر في كتاب الحج لهما انه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما امكن اعتبارا بالوصية بالحج وله ان تنفيذها فيمن يشترى بالاقل تنفيذ لغير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانه قربة محضة هي حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل فصار كما اذا اوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي اليه وقيل هذه المسئلة مبنية على اصل آخر مختلف فيه وهو ان العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده العتق حق العبد حتى لا تقبل البينة عليه من غير دعوى فاختلف المستحق وهذا اشبه كذا في الهداية يعني اشبه الى الصواب لانه ثبت بالدليل انه حق العبد عنده فيختلف المستحق اذا هلك منه شيء وتبطل الوصية ويرد باقي المائة الى ورثته كذا في العناية وتبطل الوصية بعتق عبده لو جنى العبد بعد موت سيده للدفع بها لان الدفع قد صح لان حق ولي الجناية مقدم على حق الموصي فكذا على حق الموصى له وهو العبد نفسه لانه يتلقى الملك من جهة الموصي الا ان ملكه باق فيه لحاجته حتى لو كان العبد ذا رحم محرم من الورثة لم يعتق عليهم لما عرفت ان ملك الميت فيه باق لحاجته وانما يزول ملكه بالدفع فاذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصي او وارثه بعد وفاته بسبب الدين وان فدى العبد وان فداه الوارث فلا تبطل وكان الفداء في ماله لالتزامه الفداء وجازت الوصية لان العبد طهر عن الجناية بالفداء فصار كانه لم يجن فتنفذ الوصية ولو اوصى لزيد بثلث ماله وترك عبدا فادعى زيد عتقه في حال الصحة وادعى الوارث عتقه في المرض فالقول للوارث لان الموصى له وهو زيد يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق لان العتق في الصحة ليس بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث ينكر ذلك الاستحقاق لان مدعاه العتق في المرض وهو وصية لكنه مقدم على الوصية بثلث المال فذهب الثلث بالعتق فبطل حق الموصى له بالثلث فكان منكرا للاستحقاق والقول للمنكر مع اليمين ولان العتق حادث والحوادث تضاف الى اقرب الاوقات للتيقن بها فكان الظاهر شاهدا للوارث فيكون القول قوله مع اليمين فلا شيء لزيد الموصى له الا ان يفضل الثلث عن قيمته اي العبد لانه لا مزاحم له فيه فيسلم له ذلك او يبرهن الموصى له على دعواه ان العتق وقع في الصحة فيكون له ثلث جميع المال سوى العبد لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة والموصى له خصم في اقامتها بالاجماع لانه يثبت حقه وكذا العبد اما عند ابي حنيفة فظاهر لان العتق حق العبد على ما عرف من مذهبه فيكون خصما فيه لاثبات حقه واما عندهما فلان العتق صح فيه حق العبد وان كان حقا لله تعالى فيكون بذلك خصما وكذا السرقة الحد فيها حق الله تعالى واسترداد المال حق العبد فلا بد من خصومته حتى يقطع السارق كذا في الزيلعي ولو ادعى رجل على الميت دينا وادعى العبد اعتاقه في صحته وصدقهما الوارث سعى العبد في قيمته وتدفع الى الغريم عند ابي حنيفة وعندهما يعتق ولا يسعى في شيء لان الدين والعتق في

ونظيره حد القذف فان فيه حق الله تعالى وحق العبد فيكون خصما بذلك م ع

الصحة

الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث في كلام واحد فصار كانهما وجدا معا او ثبت ذلك بالبينة والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين فان من اعتق عبدا في صحته ثم مات وعليه دين لم يسع العبد في شيء وهذا لان الاقرار بهذين الحقين في حالة المرض انما يمنع احدهما الآخر ان لو كان احدهما متاخرا عن الآخر فيمنع المتقدم المتاخر وههنا حصلا معا بتصديق واحد وله وجهان احدهما ان الاقرار بالدين اقوى من الاقرار بالعتق ولهذا يعتبر اقراره بالدين من جميع المال وبالعتق من الثلث والاقوى يدفع الادنى والثاني ان العتق لا يمكن استناده الى حالة الصحة فلذلك ثبت الدين من كل وجه وثبت العتق من حيث الصورة لا من حيث المعنى لان اعتاق المريض المديون يرد من حيث المعنى بوجوب السعاية وصار تصديق الوارث بمنزلة تصديق الميت ولو قال العبد لمولاه المريض اعتقتني في صحتك وقال رجل آخر لي عليك الف درهم دين فقال المريض صدقتما عتق العبد ويسعى في قيمته للغريم كذلك ههنا وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك الف درهم فقال رجل لي عليك الف درهم وقال الآخر هذا الالف لي عنده وديعة فعنده الوديعة اقوى وعندهما هما سواء كذا في الهداية وقال في النهاية ذكر فخر الاسلام والكشاني الوديعة عندهما لا عنده عكس ما ذكر في الهداية ثم قال وذكر في المنظومة ما يؤيد ما ذكر فخر الاسلام والكشاني وصاحب الكافي ضعف ايضا ما ذكره في الهداية وجعل الاصح خلافه كذا في الزيلعي وان اجتمعت وصايا وضاق الثلث عنها قدمت الفرائض وان للوصل آخر ما اعلم ان من مات وعليه حقوق الله تعالى من صلوة وزكوة او صيام او حج او كفارة او نذر او صدقة فطر فاما ان يوصي بها اولا فان كان الثاني لم يؤخذ من تركته ولم يجبر الورثة على اخراجها لكن لهم ان يتبرعوا بذلك وان كان الاول ينفذ من ثلث ماله عند ما تم الوصايا اما ان يكون كلها لله تعالى او كلها للعباد او يجمع بينهما فما للعباد خاصة يقدم ذكرها واما لله تعالى اما ان يكون كله فرائض كالصلوة والزكوة والحج او واجبات كالكفارات والنذور وصدقة الفطر او كله تطوعا كالحج التطوع والصدقة على الفقراء وما شبهها او يجمع بين هذه الوصايا كلها فان جمع بينها والثلث يحتمل جميع ذلك تنفذ وصاياه كلها من ثلث ماله وكذلك ان لم يحتمل ذلك ولكن اجازت الورثة وان لم يجيزوها فان كان كلها لله تعالى وهي فرائض كلها او واجبات كلها او تطوع يبداء بما بداء به الميت وان اختلطت يبداء بالفرائض قدمها الموصي او اخرها مثل الحج والزكوة والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة لان الفرائض تخرجه عن العهدة والنوافل تحصل له زيادة الثواب والاول اولى واهم فالظاهر انه اراد الاولى والاهم فان زادت في الوصية اولى غيرها بان يكون الكل فرضا او واجبا او تطوعا قدم ما قدمه الموصي ان ضاق الثلث عنها لان الظاهر انه يبداء بالاهم عنده والثابت بالظاهر كالثابت نصا فصار كانه نص على تقديمها باعتبار حاله ولهذا قيل تقدم الزكوة على الحج ذكر الطحاوي انه يبداء بالزكوة ويقدمها على الحج وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف لانهما وان استويا في الفرضية الا ان الزكوة تعلق بها حق العبد لان حق الفقير في القبض ثابت فيها فكانت ممتزجة بحقين فكانت اولى وقيل بالعكس اي الحج يقدم على الزكوة لان الحج يقام بالمال والنفس والزكوة بالمال فقط فكان الحج اولى وهو قول محمد ورواية عن ابي يوسف ويقدم الحج والزكوة على الكفارة في القتل والظهار واليمين لرجحان الزكوة والحج عليها في القوة اذ قد جاء فيهما من الوعيد ما لم يات في الكفارات اما في الزكوة فقوله تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة الآية واما في الحج فقوله تعالى ومن كفر فان الله غني عن العالمين مكان قوله ومن لم يحج وقوله عم من مات وعليه حجة الاسلام ان شاء مات يهوديا الحديث ويقدم الاقوى من الكفارات فالاقوى فتقدم كفارة القتل على كفارة الظهار واليمين لانها اقوى واكثر تغليظا منهما الا ترى ان الاسلام شرط في التحرير عنها دونهما ويقدم كفارة اليمين على كفارة الظهار ولانها تجب بهتك حرمة اسم الله تعالى

وكفارة الظهار وجبت بايجاب حرمة على نفسه فكانت كفارة اليمين اغلظ واقوى وتترك كفارة الافطار لانها ثبتت
مقدمة على صدقة الفطر لثبوتها بخبر الواحد وثبوت صدقة الفطر بآثار مستفيضة وتقدم الكفارات المذكورة على صدقة
الفطر لان الكفارات عرف وجوبها بالكتاب والسنة دون صدقة الفطر وتقدم صدقة الفطر على الاضحية للاتفاق على
وجوب صدقة الفطر والاختلاف في الاضحية وعلى هذا تقدم بعض الواجبات على البعض فيقدم صدقة الفطر على النذور
لكونها واجبة بايجاب الشرع والنذور بايجاب العبد والنذور تقدم على الاضحية لوقوع الاختلاف في وجوبها دون وجوب
النذور وما ليس بواجب كالايصاء بعمارة المسجد والرباط وبالحج تطوعا او بان يعتق عنه نسمة لا على التعيين او بان
يتصدق عنه عامه على الفقراء لا باعيانهم قدم منه ما قدمه الموصي والاصل فيه ان الوصايا اذا اجتمعت لا يقدم البعض
على البعض الا العتق والمحاباة على ما بيناه من قبل ولا معتبر بالتقديم ولا بالتاخير ما لم ينص عليه ولهذا لو اوصى لجماعة على
التعاقب يستوون في الاستحقاق ولا يقدم احد على احد غير ان المتبرع اذا اتحد ولم يف الثلث بالوصايا كلها
يقدم الاهم فالاهم باعتبار ان الموصي يبداء بالاهم عادة فيكون ذلك كالتنصيص عليه لان من عليه قضاء من صلوة او
حج او صوم لا يشتغل بالنفل من ذلك الجنس ويترك القضاء عادة ولو فعل ذلك نسب الى الحمق فاذا كان كذلك فلو
اوصى لآدمي مع الوصايا بحقوق الله تعالى وكان الآدمي معينا قسم الثلث على جميع الوصايا ما كان لله وما كان للعبد
ويجعل كل جهة من جهات القربة مفردة بالضرب ويقسم على عددها فاذا قال ثلث مالي في الحج والزكوة والكفارات ولزيد
يقسم على اربعة اسهم لان المقصود بجميعها وان كان متحدا وهو رضى الله تعالى فكل واحدة في نفسها مقصودة فتنفرد
كما تنفرد وصايا الآدميين فيكون كل جهة منها مستحقة بانفرادها ثم يجمع فيقدم فيها الاهم فالاهم على ما بيناه وان كان الآخر
غير معين بان اوصى بالصدقة على الفقراء فلا يقسم بل يقدم الاقوى فالاقوى لان الكل بقي حقا لله تعالى اذا لم يكن ثمه
مستحق معين كذا في الزيلعي وروى الحسن عن اصحابنا في غير ظاهر الرواية انه يبداء بالافضل فالافضل فيبداء بالصدقة
ثم بالحج ثم بالعتق مثلا سواء رتب على هذا الترتيب او لم يرتب قال السرخسي في محيطه لان الصدقة افضل الطاعات
واجود الخيرات قال عليه السلام تباهت العبادات عند الله تعالى فقالت الصدقة انا افضلها والحج افضل من العتق
لانه من الاركان الخمس والبداية بالافضل اولى لانه اجزل ثوابا واعظم اجرا وان اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من
بلده اي من بلد الموصي لان الواجب لله تعالى الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لاداء ما هو
الواجب عليه راكبا اذ لا يلزمه ان يحج ماشيا فوجب عليه الاحجاج على الوجه الذي لزمه هذا ان وفت النفقة والا فمن
اي وان لم تف النفقة للاحجاج من بلده فاحجوا عنه من حيث تفي والقياس ان لا يحج عنه لانه اوصى بحجة على صفة وقد عدمت
تلك الصفة فيه ولكن جوزناه استحسانا لانا نعلم ان مقصود الموصي تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما امكن والممكن ما ذكرنا
وهو اولى من ابطالها راسا بخلاف العتق وقد مر الفرق وان خرج من بلده حاجا قيد به لانه اذا خرج للتجارة يحج عنه من
بلده بالاتفاق فمات في الطريق واوصى ان يحج عنه يحج عنه من بلده وان احجوا عنه من موضع آخر فان كان اقرب من
بلده الى مكة ضمنوا النفقة وان كان ابعد لا ضمان عليهم لانهم في الاول لم يحصلوا مقصوده بصفة الكمال والاطلاق
يقتضي ذلك وفي الثاني حصلوا مقصوده وزيادة هذا عند ابي حنيفة وزفر وعندهما احجوا عنه من حيث مات استحسانا
لان سفره بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع اجره على الله تعالى لقوله تعالى ومن يخرج من
بيته مهاجرا الآية ولم ينقطع سفره بموته بل يكتب له حج مبرور فيبداء من ذلك المكان كانه من اهله بخلاف ما اذا خرج
من بيته للتجارة لان سفره لم يقع قربة فيحج عنه من بلده ولان الوصية الى الحج من بلده لانه الواجب على ما قررناه وعمله قد

القطع

انقطع بالموت لقوله عليه السلام كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاثة الحديث فان الخروج للحج ليس من جنسه ورد بان
المكفر اذا اطعم بعض المساكين ومات واوصى وجب الاكمال بما بقي بالاتفاق ولم ينقطع ما اطعمه بالموت ذكره في
الاسرار فما هو جواب ابي حنيفة عن ذلك فهو جوابنا عن الحج واجيب بان سفر الحج لا يتجزى في الامر بدليل ان الاول لو
بدا له في ان لا يحج بنفسه بعد ما مشى بعض الطريق وفوض الى غيره بعد ما مشى الوصي لم يجز ولزمه رد ما انفقه واما الاطعام فانه
يقبل التجزي حتى ان المامور بالاطعام اذا اطعم البعض ثم ترك وامر به غيره فانه يجزيه كذا في الاسرار فهذا ليس بدافع لان
الحديث لم يفصل بين المتجزي وغيره في الانقطاع الا ان يقال التجزي في الاطعام مستند الى الكتاب فانه لم يشترط فيه التتابع
اصلا حتى لو جامع في خلال الاطعام مثلا لم يجب عليه اعادة ما سبق والكتاب اقوى وان كان دلالته فعمل به والحج لم يكن فيه
دليل اقوى من الحديث فعمل به كذا في العناية والمراد بالمتلو ما هو في حق احكام الآخرة من الثواب ثم هذا الخلاف فيمن له وطن
واما من لا وطن له فيحج عنه من حيث مات بالاجماع لانه لو حج بنفسه انما يتجهز من حيث هو فكذا اذا حج غيره لان وطنه حيث
حل وعلى هذا الخلاف المذكور اذا مات الحاج عن غيره في الطريق فحكمه حكم الحاج عن نفسه اذا مات في الطريق حتى يحج عنه ثانيا من
وطنه عند ابي حنيفة وعندهما يحج من حيث مات الاول كذا في الزيلعي ولو اوصى بان يغزو عنه في سبيل الله فانه يعطى
نفقة الغزو رجلا ينفقها على نفسه في ذهابه ورجوعه وحال مقامه في الغزو ولا ينفق شيئا على اهله فان فضل شيء رد ذلك
على الورثة وينبغي ان يغزو عنه من منزل الموصي وهو كالوصية بالحج فان كان الذي يغزو عنه غنيا جاز ويجوز للوصي ان
يغزو عنه وكذلك لابن الوصي كذا في قاضيخان **باب الوصية للاقارب وغيرهم** اخر هذا الباب عما تقدمه لان في هذا
الباب ذكر احكام الوصية لقوم مخصوصين وفيما تقدم ذكر احكامها على وجه العموم والخصوص ابدا يتلو العموم جاره الملاصق
ملاصقه اي من لصق داره فلو اوصى لجيرانه فهم ملاصقوه عند ابي حنيفة وزفر قال في المضمرات وهو الصحيح وبه ناخذ وهو
القياس لانه ماخوذ من المجاورة وهي الملاصقة ولهذا حمل قوله عليه السلام الجار احق بسقبه حتى لا يستحق الشفعة
غير الملاصق بالجوار ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع لعدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الاراضي وجب صرفه الى اخص
الخصوص وهو الملاصق وعندهما جاره من يسكن محلته ويجمعهم مسجد ما اي مسجد محلته وهذا استحسان لان
الكل يسمون جارا عرفا وشرعا قال عليه السلام لا صلوة لجار المسجد الا في المسجد وفسر بكل من يسمع النداء ولان
المقصود بالوصية للجيران ان يبرهم ويحسن اليهم واستحبابه ينتظم الملاصق وغيره الا انه لا بد من الاختلاط ليتحقق معنى
الاسم والاختلاط عند اتحاد المسجد قيل لو كان في المحلة مسجدان صغيران متقاربان فالجميع جيران وقال الشافعي
الجار الى اربعين دارا من كل جانب لقوله عليه السلام حق الجار اربعون دارا هكذا وهكذا قلنا ما رواه من قوله عليه
السلام الجار اربعون دارا هكذا وهكذا اربع مرات اشارة الى الجوانب الاربعة وقال ابن قدامة من الحنابلة
هذا ان صح كان نصا في الباب وقد طعن في رواته وقالوا يستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى
والمسلم والذمي لان الاسم يتناول الكل وقال محمد في الزيادات وينبغي على قياس قول ابي حنيفة ان يدخل السكان
تحت الوصية من الجيران الملاصقين وان كانوا لا يملكون المسكن ومن كان مالكا ولم يكن ساكنا لا يدخل قال ابو بكر بن
شاهويه بهذه كذا فذا انه من محمد في مذهب ابي حنيفة وليس كذلك فانه بنى هذا الحكم على استحقاق الشفعة وهو للملاك
واقول ينبغي ان لا يدخل الذمي على قولهما لان المسجد لا يقيمه الا اذا اريد بجمع المسجد سماع الاذان ويدخل فيه
العبد الساكن عنده لان مطلق هذا الاسم يتناوله ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو ليس بجار
بخلاف المكاتب لان استحقاق ما في يده والاختصاص به ثبت له ولا يملك المولى الا بالتمليك منه الا ترى انه يجوز له

اخذ الزكوة وان كان مولاه غنيا بخلاف القن والمدبر وام الولد والارملة تدخل لان سكناها مضاف اليها ولا تدخل التي لها بعل
لان سكناها غير مضاف اليها وانما هي تبع فلم يكن جارا حقيقة كذا في الزيلعي وصهره من هو ذو رحم محرم من جانب امراته لما روي
انه عليه السلام لما تزوج صفية اعتق من كل ملك من ذي رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبي عليه السلام وهذا
التفسير اختيار محمد وابي عبيد والصهر في اللغة يجيء بمعنى الختن ايضا قال في الصحاح الاصهار اهل بيت المراة ولم يقيده
بالمحرم وعلى الاول يدخل فيه زوجة ابيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم من الموصي لان الكل اصهاره وشرطه ان يموت
وهي منكوحته او معتدة من طلاق رجعي لا من بائن سواء كانت ورثت بان ابانها في المرض او لم ترث لان الرجعي لا
يقطع النكاح والبائن يقطعه وقال الحلواني الاصهار في عرفهم كل ذي رحم محرم من نسائه التي يموت هو وهن نسائه
او في عدة منه وفي عرفنا ابو المراة وامها ولا يسمى غيرهما صهرا وختنه من هو زوج ذات رحم محرم منه الختن يطلق على زوج
المحرم كزوج البنت والاخت والعمة والخالة وغيرها وعلى محارم الزوج فيكون كل ذي رحم محرم منه ازواج المحارم من الذكر والانثى
وازواج المحارم كلهم في قسمة الثلث بينهم سواء لان الكل يسمى ختنا قيل هذا في عرفهم واما في عرفنا فلا يتناول الا الازواج
المحارم قال القهستاني في المغرب الختن عند العرب كل من كان من قبل المراة كالاب والاخ وعند العامة زوج البنت
وينبغي ان يفتى به في ديارنا لانه المشهور انتهى ويستوي في ذلك الحر والعبد والاقرب والابعد لتناول اللفظ الجميع واقاربه
واقرباؤه وذو قرابته وارحامه وانسابه الاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل فيه الوالدان والولد وفي دخول
الجد والجدة روايتان فان لم يكن اي لم يوجد له ذو رحم محرم منه بطلت الوصية لانعدام الموصى له وتكون تلك الوصية
للاثنين منهم فصاعدا هذا عنده وعندهما من ينسب الى اقصى اب له اي للموصي في الاسلام بان اسلم ابوه او ادرك
الاسلام وان للموصل لم يسلم على ما اختلف فيه المشايخ وفائدة الخلاف تظهر في مثل ابي طالب في علي اذا وقعت الوصية لاقربا
احد من اولاد علي فمن اكتفى بادراك الاسلام صرفه الى اولاد ابي طالب ومن شرط اسلامه صرفه الى اولاد علي رضه فقط لا الى
اولاد عقيل وجعفر ولا يدخل اولاد عبد المطلب بالاجماع لانه لم يدرك الاسلام لهما ان الاسم يتناول الكل لان لفظ القريب
حقيقة للكل اذ هي مشتقة من القرابة فيكون اسما لكل من قامت به فيتناول مواضع الخلاف ضرورة وله ان الوصية
اخت الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب فكذا في اخته لان الاخت لا تخالف الاخت في الاحكام ولان المقصود
من هذه الوصية تلافي ما فرط في اقامة الواجب وهو صلة الرحم والوجوب مختص بذي الرحم المحرم ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد
انعقاد الاجماع على تركه فان كلا منهما قيده بما ذكر والثاني قيده بالاب الادنى ولا يدخل فيه قرابة الولاد عندنا لانهم لا
يسمون اقرباء عادة حتى ان من سمى والده قريبا كان منه عقوقا اذ القريب في عرف اللغة من يتقرب الى غيره
بواسطة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ولهذا عطف القريب على الوالدين في قوله تعالى الوصية للوالدين والاقربين
والعطف للمغايرة ويدخل الجد والجدة وولد الولد في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف انهم لا يدخلون وقيل ما ذكرناه
من انه يصرف الى اقصى اب له في الاسلام كان في ذلك الزمان حين لم يكن في اقرباء الانسان الذين ينسبون
الى اقصى اب له في الاسلام كثرة واما في زماننا ~~[illegible]~~ ففيهم كثرة لا يمكن احصاؤهم فتصرف الوصية الى اولاد ابيه
وجده وجد ابيه واولاد امه وجدته وجدة امه ولا تصرف الى اكثر من ذلك ويستوي الحر والعبد والمسلم والذمي والصغير والكبير
والذكر والانثى على المذهبين وانما تكون للاثنين فصاعدا عنده لان المذكور فيه بلفظ الجمع وفي الميراث يراد بالجمع المثنى
فكذا في الوصية لانها اخته بهذا ظاهر في القرابة ونحوه واما في الانساب فمشكل لانه جمع نسب وفيه لا يدخل قرابته من
جهة الام فكيف دخلوا فيه ههنا كذا في الزيلعي ثم فرع على قوله الاقرب فالاقرب بقوله فمن له عمان وخالان الوصية لعميه

كانوا الا اطعموا فالوصية لهم اذا ... جائزة وتجري ... الآن ... للمحتاج عند بعضهم ان ... اي بالاجماع منهم ... بنوا الوارث ... وذكره القهستاني

عنده لانهما

عنده لانهما اقرب كما في الارث ولفظ الجمع يراد به المثنى في الوصية كما مر فيكتفى بهما وعندهما الكل اي العمان والخالان
على السواء فتكون بينهم ارباعا لانهما لا يعتبران الاقرب ومن له عم وخالان نصف الوصية لعمه ونصفها بين خاليه
لان اللفظ جمع فلا بد من اعتبار معنى الجمع فيه وهو الاثنان في الوصية فيضم الى العم الخالان فيصير جمعا فيأخذ العم النصف
لانه اقرب ويأخذ الخالان النصف لعدم من يقدم عليهما فيه بخلاف ما اذا اوصى لذي قرابته حيث يكون جميع الوصية للعم لانه
لفظ مفرد فيحرز الواحد جميع الوصية اذ هو الاقرب وان كان له عم واحد فقط فنصفها له اي للعم وحده لما بينا انه لا بد من
اعتبار الجمع فيه ويرد النصف الباقي الى الورثة لعدم من يستحقه لان اللفظ جمع وادناه اثنان في الوصية فيكون لكل منهما
النصف وان كان له عم وعمة وخال وخالة فالوصية للعم والعمة على السوية لاستواء قرابتهما وقرابة العمومة اولى من قرابة
الخؤولة والعمة مستحقة للوصية كما ساوى العم في الدرجة وعدم استحقاقها العصوبة بوصف قام بها وهو الانوثة لا يخرجها عن
مساواتها العم في استحقاق هذه الوصية كالعم الرقيق او الكافر فان حرمان الميراث لوصف قام به لا الضعف في القرابة
وعندهما الوصية للكل على السوية في جميع ذلك لما عرفت من مذهبهما انهما لا يعتبران الاقربية فلا يخص الاعمام بالوصية
دون الاخوال بل تقسم بينهم على السوية واهل الرجل زوجته عنده وعندهما من يعولهم وتضمهم نفقته من الاحرار
وان كان يعوله وليس في منزله لا يدخل اعتبارا للعرف المؤيد بقوله تعالى واتوني باهلكم اجمعين فانه ليس المراد به الزوجة
خاصة وكذا قوله تعالى فنجيناه واهله الا امراته وله ان اسم الاهل حقيقة للزوجة يشهد بذلك النص والعرف قال تعالى وسار
باهله وقال لاهله امكثوا ومنه قولهم تاهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة المستعملة وآله اهل بيته وابوه وجده
من اهل بيته لان الآل القبيلة التي ينسب اليها فيدخل فيه كل من ينسب اليه من قبل ابائه الى اقصى اب له في
الاسلام الاقرب والابعد والذكر والانثى والمسلم والكافر والصغير والكبير فيه سواء ولا يدخل فيه اولاد البنات
واولاد الاخوات ولا احد من قرابة امه لانهم لا ينسبون الى امه وانما ينسبون الى ابائهم فكانوا من جنس آخر
ومن اهل بيت آخر لان النسب يعتبر من الآباء كذا في الزيلعي واهل نسبه من ينسب اليه من جهة الاب لان النسب
يكون من جهة الآباء وجنسه اهل بيت ابيه دون امه لان الانسان يتجنس بابيه فان ابراهيم ابن رسول الله صلى الله عليه
وسلم كان من جنس قريش واولاد الخلفاء صلحوا للخلافة وان كان اكثرهم من الاماء فعلم انهم يدخلون في هذا اللفظ
دون عشيرة الام كذا في العناية بخلاف قرابته حيث تكون من جانب الاب والام اذ الكل يسمون قرابة فلا يختص
شيء منهم فيدخل في لفظ الجنس الاب والجد لان الاب اصل النسب والجد اصل نسب ابيه وقال في الكافي لو كان
الاب الاكبر حيا لا يدخل تحت الوصية لان الوصية للمضاف لا للمضاف اليه ولو اوصت المراة لجنسها او لاهل بيتها
لا يدخل ولدها لان ولدها ينسب الى ابيه لا اليها الا ان يكون ابوه من جنس ابيها كذا في الزيلعي وفي الاختيار والاصل ان
اهل البيت والنسب والجنس والآل اقاربه من قبل ابيه الى اقصى جد يجمعهم في الاسلام ويدخل فيه الغني والفقير وان كانوا
لا يحصون لان اسم القرابة يتناولهما والوصية للغني القريب قربة لانها صلة الرحم انتهى وفي الوصية لبني فلان وهو اب صلب
للذكور خاصة عنده وعندهما وهو رواية عن الامام يدخل الاناث ايضا اعلم ان رجلا اذا اوصى لبني فلان فلا يخلو
اما ان يريد مفهومه الاضافي او بكونه اسم قبيلة او فخذ فان كان الاول لم يدخل فيه الاناث عند ابي حنيفة رجع
اليه وكان يقول اولا يدخل وهو قولهما والخلاف عند الاختلاط اما اذا كانت الاناث منفردات فلا تدخل بالاتفاق
وجه قولهما ان جمع الذكور يتناول الاناث لانه متى اختلط الذكور والاناث بخطاب الرجال يعم الجميع كقولهم
بني آدم وبني هاشم ووجه قوله الآخر ان حقيقة هذا الاسم للذكور وانتظامه الاناث تجوز ولا يصار اليه عند امكان

العمل بالحقيقة وان كان الثاني يتناول لان المراد به مجرد الانتساب كبني آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة
وحلفاؤهم يقسم الوصي بين من يقدر عليهم من فقرائهم كذا في العناية وقال في الاختيار قال ابو حنيفة لو لم يكن لفلان ولد لصلبه
يعطى ولد ولده من قبل الرجال دون الاناث ولا يشترك في هذا النساء مع الرجال لما هي للرجال خاصة بخلاف اسم الولد على ما
يأتي والوصية لورثة فلان للذكر مثل حظ الانثيين لانه لما نص على لفظ الورثة آذن ذلك بان قصده التفضيل كما في الميراث
ثم شرط هذه الوصية ان يموت الموصى لورثته قبل موت الموصي حتى يعرف ورثته من هو حتى لو مات الموصي قبل موت الموصى
لورثته بخلاف ما اذا اوصى لولده ولو كان مع الورثة موصى له آخر قسم بينهم وبينه على عدد [illegible] الرؤس ثم ما اصاب
الورثة جمع وقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين كذا في الزيلعي ولولد فلان للذكر والانثى على السواء لان الولد اسم لجنس المولود
ذكرا كان او انثى واحدا كان او اكثر فلا دلالة فيه على التفضيل ويدخل فيه الحمل لانه ولد حي ورث ولا يدخل فيه اولاد الابن
عند وجود اولاد الصلب لان اسم الولد يتناول الصلبي كله بطريق الحقيقة وولد الولد مجاز لا يصار اليه عند امكان العمل بها
حتى لو كان له بنات لصلبه وبنو ابن فالوصية للبنات عملا بالحقيقة ويدخلون اي اولاد الابن عند عدمهم اي عند عدم اولاد
الصلب رواية واحدة لان الحقيقة اذا تعذرت يصار الى المجاز تحرزا عن التعطيل دون اولاد البنت اختلفوا فيهم فروى
الخصاف عن محمد انهم يدخلون وذكر في السير الكبير اذا اخذ امانا لنفسه ولولده لم يدخل فيه ولد البنات وجه رواية الخصاف
ان الولد ينسب الى ابويه حقيقة وينسب الى جده مجازا فكذلك ينسب الى اب امه ولان عيسى عليه السلام يقال له
ابن آدم ولا ينسب اليه الا من جهة امه وجه الظاهر ان اولاد البنات ينسبون الى ابيهم قال الشاعر بنونا بنوا ابنائنا وبناتنا
بنوهن ابناء الرجال الاجانب واذا انتسبوا الى ابائهم لم ينسبوا الى اب الام فلا يدخلون في الوصية له ومما يدل عليه
قوله تعالى ما كان محمد ابا احد من رجالكم ولو كان ولد البنت ينسب اليه لكان ابا الحسن والحسين رضي الله عنهما كذا في الاختيار
هذا اذا كان فلان ابا خاصا واما اذا كان فخذا فانه يكون المراد مجرد الانتساب اليه فيدخل بخلاف اذا كان خاصا كذا في
العناية وان اوصى لبني فلان وهو ابو قبيلة كبني تميم لا يحصون فهو باطل وان لايتامهم اليتيم اسم لمن مات ابوه
قبل الحلم قال عليه السلام لا يتم بعد البلوغ وقال السكاكي اليتيم صغير لا اب له وفي الجامع الكبير لشمس الائمة فان قيل
اليس ان الكفار يسمون رسول الله عليه السلام يتيم ابي طالب قلنا هذا لطف من الله تعالى له عليه السلام فانهم كانوا
يسمون اليتيم وهو ليس بيتيم فلا يتناوله تسميتهم او عميانهم او زمنائهم وهما معروفان او اراملهم الارامل جمع
ارملة هو الذي لا يقدر على شيء رجلا كان او امرأة من ارمل اذا افتقر ومن الناس من الارامل في النساء خاصة وهو المختار
عند صاحب الهداية هو الاول حيث قال ذكورهم واناثهم وهو اختيار الشعبي فللغني والفقير منهم والذكر والانثى
ان كانوا يحصون وحد الاحصاء عند ابي يوسف ان لا يحتاج في الاحصاء الى كتاب وحساب فان احتيج الى ذلك
فهم لا يحصون وقال محمد اذا كانوا اكثر من مائة فانهم لا يحصون وهو الايسر والاصل في ذلك ان كل وصية يحصى عدد اهلها
فهي جائزة بينهم بالسوية على عدد رؤسهم الذكر والانثى فيه سواء ويدخل فيها الغني والفقير لان الحق يجوز اثباته لمعين
من بني آدم فان التسليم اليه ممكن ولا دلالة على التخصيص فصحت الوصية وان كان لا يحصى عددهم فعلى ثلاثة اوجه احدها
ان يكون الوصية لا يدخل فيها غني كقوله لفقراء بني تميم او مساكينهم فالوصية صحيحة وتكون الوصية لمن قدر عليه منهم لان
الوصية وقعت لله تعالى والفقراء مصارفها والثاني ان يكون لفظ الوصية يقع للفقير والغني ولا يختص به احدهما فهو
باطلة كقوله لبني تميم لانها تثبت للعباد ولا يمكن تنفيذها لجميع بني تميم لانهم لا يحصون ولا يمكن تنفيذها للبعض لانه
ليس باولى من البعض الآخر فبطلت بخلاف الوجه الاول لان الموصى له واحد وهو الله تعالى والوجه الثالث ان

[illegible] وعليه الفتوى

يكون

يكون اللفظ يتناول الفقير والغني لكن قد يستعمل اللفظ في ذوي الحاجة كقوله ليتامى بني تميم او عميان بني تميم او ارامل معينون
يمكن التسليم اليهم فيجري اللفظ على اطلاقه وان كانوا لا يحصون كان للفقراء منهم لان هذا اللفظ يذكر ويراد به غالبا اهل الحاجة
فان الله تعالى ذكر اليتامى في آية الخمس والمراد الفقراء منهم فوجب تخصيص الوصية وحملها على اهل الحاجة منهم ولان القربة والثواب
فيهم اكثر وهو المقصود غالبا ويستوي فيه الذكر والانثى لان الاستحقاق بالعقد لا يتفضل فيه الذكر والانثى كالاستحقاق
بالبيع ولو قال لفقراء بني فلان وهو ابو قبيلة لا يحصون دخل مواليهم في الوصية ومولى الموالاة ومولى العتاقة وحلفاؤهم وان
كانوا بني اب ليس بقبيلة يختص بذلك فلان من العرب دون الموالي والحلفاء لانهم اذا لم يحصون فالمراد بها النسبة وذلك
موجود في الموالي والحلفاء واذا ذكر البنوة ممن يحصون فالمراد الاولاد دون النسبة وان اوصى لايتام بني فلان او عميانهم
او زمنائهم او اراملهم وهم يحصون فهي للفقراء والاغنياء وان كانوا لا يحصون فللفقراء خاصة وكذلك اذا اوصى لمجاوري
اهل مكة فهي كالوصية للايتام كذا في الاختيار وقال في الهداية بخلاف ما اذا اوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون او لايامى
بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية لانه ليس في اللفظ ما يدل على الفقر حيث تصرف الى الفقير اذ لا يمكن تصحيحه تمليكا
في حق الكل للجهالة الفاحشة وتعذر الصرف اليهم لكثرتهم فبطلت قال الكرخي الايم هي التي لا زوج لها بكرا كانت او ثيبا ويقال
رجل ايم ايضا وقال محمد الايم هي الثيب خاصة والغلام ما كان له اقل من خمسة عشر والفتى من بلغ خمسة عشر وفوق ذلك والكهل
اذا بلغ اربعين فزاد عليه ما بين خمسين الى ستين الى ان يغلب الشيب فحينئذ يكون شيخا كذا في العناية وقال
في الاختيار الشاب والفتى من خمسة عشر سنة الى ان يصير كهلا لانه من شب اذا نما وازداد وهو في التزايد الى ان يكتهل
والغلام ما لم يبلغ من الغلمة وهي السكرة والغفلة لانه ما لم يبلغ كالسكران في لهوه وصباه والكهل من ثلثين سنة فاذا وخط
الشيب فهو شيخ قاله الجوهري ولمواليه فهي لمن اعتقه في الصحة والمرض ولاولادهم من الرجال والنساء وسواء اعتقه قبل
الوصية او بعدها لان الوصية تتعلق بالموت وكل واحد من هؤلاء يثبت له الولاء عند الموت فاستحق الوصية لوجود
الصفة فيه واولادهم ايضا ينسبون اليه بالولاء المتعلق بالعتق فيدخلون معهم والمدبرون وامهات الاولاد لا يدخلون
لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت لان المتوقف على الشيء بالعلية يعقبه وجودا والوصية تضاف الى حالة الموت
لانها اخت الميراث والميراث كذلك فلا بد من تحقيق اسم المولى قبل الموت ولم يوجد فيهما وعن ابي يوسف انهم يدخلون
لان سبب استحقاق الولاء وهو التدبير والاستيلاد ثابت مستقر والاصح الاول لانهم لا ينسبون اليه بالولاء
بنفس الاستحقاق بل بالاحياء الحاصل بالعتق وذلك انما يكون بعد الموت ويدخل في هذه الوصية بالاجماع عبد قال له
مولاه ان لم اضربك فانت حر لان العتق يثبت قبيل الموت عند تحقق عجزه عن الضرب ولا يدخل مولى الموالاة ولا
مولى الموالي عند عدمهم وفيه اختلاف قال ابو يوسف الموصي اذا كان من العرب وله موالي عتاقة ومولى موالاة فهم شركاء
في الوصية لان الاسم يشمل الكل وقال محمد في الجامع الكبير الوصية لولاء العتاقة ولاولادهم دون موالي الموالاة لان
ولاء العتاقة بالعتق وولاء الموالاة ليس بالعتق فهما معنيان متغايران فلا ينتظمهما لفظ واحد ومولى العتاقة الزم
فحمل عليه بخلاف الاولاد لانهم ينسبون بهم والآباء اليه بولاء واحد ولا يدخل موالي الموالي الا عند عدمهم لانهم موالي غيرهم
حقيقة وهم بمنزلة ولد الولد مع ولد الصلب فان الموالي حقيقة الذين اوقع عليهم العتق وموالي الموالي ينسبون
اليه مجازا فلا يتناولهم الاسم الا عند عدم الموالي حقيقة فان كان له مولى واحد ومولى مواليه فالنصف لمولاه والباقي
لورثته لما بينا ان اسم الجمع يتناول الاثنين فصاعدا فيستحق الواحد النصف ويسقط موالي الموالي لتعذر الجمع
بالحقيقة والمجاز معا فيصرف الى الورثة ونظيره الوصية لولده وله ولد واحد وولد ولد فللصلبي الثلث والباقي للورثة

ولا شيء للولد الولد وتبطل الوصية ان كان له اي للموصي معتقون بكسر التاء ومعتقون بفتحها يعني لو اوصى من له معتقون
ومعتقون لمواليه بطلت لان لفظ الموالي مشترك يتناولهما ومعناهما مختلف لان احدهما المنعم والآخر منعم عليه وليس
احدهما اولى من الآخر فتعذر العمل بعموم اللفظ لان الاسم المشترك لا ينتظم المعنيين المختلفين في حالة واحدة فبقي الموصى له مجهولا
وعن ابي حنيفة وابي يوسف انها جائزة وتكون للفريقين لان الاسم ينتظمهما ولا يدخل موالي ابيه وقال ابو يوسف يدخلون
لانهم مواليه حكما حتى يرثهم بالولاء فدخلوا تحت الاسم ووجه الظاهر انه لم يعتقهم فلا يكونون مواليه حقيقة ولم ينسبوا اليه بالولاء
بخلاف ابن المولى فانه ينسب اليه بالولاء بواسطة ابيه وانما يرثهم بالعصوبة لا بالولاء بخلاف معتق البعض لانه ينسب
اليه بالولاء كذا في الاختيار ثم مبنى المسئلة على جواز ارادة معنيي المشترك في استعمال واحد وعدم جوازه فالشافعي يجيز
ذلك فاجاز هذا واصحابنا ما جوزوه فكذلك هذا والمروي عن الثاني في رواية عن ابي حنيفة رح لكن لا على جواز عموم المشترك
بل على ان اطلاق لفظ المولى على الاعلى والاسفل متواطئ كالاخوة على بني الاعيان وبني العلات وبني الاخياف وليس
بظاهر لان معنى الاخوة في الجميع واحد وهو اشتمال صلب الاب او الرحم عليهم ومعنى المولى ليس كذلك فان معنى الاعلى منعم
ومعنى الاسفل منعم عليه فكان في احدهما بمعنى الفاعل وفي الآخر بمعنى المفعول قال صاحب الهداية ولنا ان الجهة مختلفة
لان احدهما مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركا فلا ينتظمهما لفظ واحد في موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف لا يكلم
موالي فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام النفي ولا تنافي فيه انتهى قوله في موضع الاثبات احتراز عن صورة
النفي وهو اختيار شمس الائمة وعامة المشايخ على ان لا عموم للمشترك لا في النفي ولا في الاثبات واجابوا عن مسئلة الحلف
بان ترك الكلام مع المولى مطلقا ليس لوقوعه في النفي بل لان الحامل على اليمين بغضه وهو غير مختلف فيصير بذلك المعنى
كالشيء فان قيل سلمنا ان لفظ المولى مشترك لكن حكمه التوقف فكيف قال بالبطلان قلنا الكلام فيما اذا مات الموصي
قبل البيان والتوقف في مثله لا يفيد فان قيل الترجيح من جهة اخرى ممكن وهو ان يصرف الوصية الى المولى الذي اعتقه لان شكر المنعم
واجب واما فضل الانعام في حق المنعم عليه فمندوب والصرف الى الواجب اولى منه الى المندوب قلنا انها معارضة بجهة
اخرى وهي ان العرف جار بوصية ثلث المال للفقراء والغالب في المولى الاسفل الفقر وفي الاعلى الغناء والمعروف
عرفا كالمشروط شرطا كذا في العناية واقل الجمع اثنان في الوصايا كالمواريث لان الوصية بمنزلة الميراث في ثبوت الملك بعد
الموت وفي المواريث يراد المثنى بالجموع الواردة فيه فكذا في الوصايا **فروع** الوصية المطلقة لا تحل للغني وان عممت فلو قال
هذا القدر من مالي او ثلث مالي وصية او اوصيت بهذا القدر من مالي او ثلث مالي لا يجوز للغني لانها صدقة فهي على الغني حرام
وكذا اذا عممت بان يقول الموصي يأكل منها الغني والفقير لان الغني من الوصية لا يصح الا بطريق التمليك وهو لا يصح الا للمعين
واذا خصت بغني بان يقول هذا القدر من مالي لزيد او بقوم اغنياء محصور حلت لهم لصحة التمليك لهم لتعينهم كذا الحال في
الوقف وتفصيله في الدرر رجل اوصى لاهل العلم ببلخ قالوا يدخل في هذه الوصية اهل الفقه والحديث ولا يدخل فيه من يتعلم
الحكمة مثل كلام سفيان وغيره لان هؤلاء يسمون الفلسفة لا طلبة العلم رجل اوصى بان يباع كتبه ما كان خارجا عن العلم
ويوقف كتب العلم ففتش كتبه العلم اذا اطلق يراد به علم الشريعة وكذا اذا اوصى رجل للعلماء لا ينصرف [illegible] الا
على [illegible] اصحاب التفسير والحديث والفقه كذا في شرح البخاري للكرماني

باب الوصية بالخدمة والسكنى

لما فرغ
من احكام الوصايا المتعلقة بالاعيان شرع في بيان الاحكام المتعلقة بالمنافع واخر هذا الباب لان المنافع بعد
الاعيان وجودا فاخرها وضعا تصح الوصية بخدمة عبده وسكنى داره وبغلتهما لان المنافع يصح تمليكها في حالة الحيوة
ببدل وبغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما في الاعيان وتكون محبوسا على ملك الميت في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى

له على ملك

له على ملك الموصي كما استوفى الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف مدة معينة وابدا كما في العارية فانها
تمليك على اصلنا بخلاف الميراث لانه خلافة فيما يتملكه المورث وتفسيره ان يقوم الوارث مقام المورث فيما كان له وذلك
في عين تبقى والمنفعة عرض يفنى وكذا الوصية بغلة الدار والعبد جائزة لانها بدل المنفعة فاخذت حكمها والجواز للوصية
بها للحاجة وهي تشمل الكل اذ الموصي محتاج الى التقرب لله تعالى بما يقدر عليه وكذا الموصى له محتاج الى قضاء حاجته باي شيء
كان فان خرج تمام ذلك العبد او الدار من الثلث سلم الى الموصى له والا اي وان لم يخرج منه بتمامه قسمت الدار اثلاثا او غلته اثلاثا
وتهايا في العبد يومين لهم ويوما له اعلم ان من اوصى بخدمة عبده او لشخص فاما ان قال ابدا او جعل ذلك زمانا فان كان الاول
وخرجت رقبة العبد او الدار من الثلث يسلم اليه ليخدمه ويسكنها لان حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الوارث وكذا اذا لم يخرج
من الثلث ولكن اجازت الورثة وان لم يجز الورثة خدم العبد الورثة يومين والموصى له يوما الى ان يموت وان كان
الثاني فاما ان عين سنة مثل ان يقول سنة ست وستين وسبعمائة او لم يعين فان عين ومضت تلك المدة قبل موت الموصي
بطلت الوصية وان مات الموصي بعد مضي بعض من تلك المدة او مات قبل مضيها فان كان العبد يخرج من الثلث او اجازت
الورثة فانه يسلم العبد الى الموصى له حتى يستوفي وصيته وان كان لا يخرج ولم يجز الورثة يخدم الموصى له يوما والورثة يومين
حتى تمضي تلك المدة التي عينها ثم يسلمه الى الورثة وان لم يعين فان كان العبد يخرج من ثلث المال او لا تخرج واجازت الورثة
يسلم العبد الى الموصى له يستخدمه سنة كاملة ثم يرده الى الورثة وان لم يخرج ولم يجزه الورثة يخدم الموصى له يوما
والورثة يومين الى ثلاث سنين ثم يرده الى الورثة وهذا الحكم على خلاف ما اذا اوصى بغلة عبده سنة فان له ثلث غلة
تلك السنة كذا في العناية وليس للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي الدار وعن ابي يوسف ان لهم ذلك لانه خالص
ملكهم وجه الظاهر ان حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بان يظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث وكذا له حق
المزاحمة فيما في ايديهم اذا خرب ما في يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فمنعوا عنه فاذا مات الموصى له ردت اي الوصية والمراد
الموصى به الى ورثة الموصي لان الموجب اوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه ولو انتقل الحكم الى وارث الموصى
له لاستحقها ابتداء من ملك الموصي لما تقدم ان الميراث خلافة فيما يتملكه المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى
لكن لا يجوز ان يستحقها كذلك لانه لم يرض به واستحقاق الملك من غير مرضاة المالك لا يجوز وان مات الموصى له في حال
حيوة الموصي بطلت الوصية لانها تمليك مضاف الى ما بعد الموت وفي الحال ملك الموصي ثابت فيه ولا يتصور تمليك الموصى
له بعد موته فبطلت ومن اوصى له بغلة الدار او العبد لا يجوز له السكنى والاستخدام في الاصح يعني من اوصى للآخر بغلة داره
او بغلة عبده فسكنها بنفسه او استخدمه بنفسه قيل يجوز ذلك لان قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود والاصح انه لا يجوز لان
الغلة دراهم او دنانير وقد وجبت الوصية بالغلة وما ذكر من السكنى والاستخدام استيفاء المنافع وهما متغايران ويتفاوتان
في حق الورثة فانه لو ظهر على الموصي دين يمكنهم اداؤه من الغلة بالاسترداد من الموصى له بعد استيفائها ولا يمكنهم من المنافع
بعد استيفائها بعينها ولا لمن اوصى له بالخدمة والسكنى ان يواجر العبد والدار وقال الشافعي له ذلك لانه بالوصية ملك
المنفعة فيملك تمليكها من غيره ببدل وبغير بدل لانها كالاعيان عنده بخلاف العارية لانه اباحة على اصله وليس بتمليك ولنا
ان الوصية تمليك بغير بدل مضاف الى ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل اعتبارا بالاعارة فانها تمليك بغير بدل وتحقيق
هذا راجع الى الاصل المقرر وهو ان الشيء لا يتضمن ما هو فوقه ولان المنفعة ليست بمال على اصلنا وفي تمليكها بالمال احداث
صفة المالية فيها تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة وهذا لا يجوز وليس للموصى له ان يخرج العبد من الكوفة الا ان يكون الموصى له
واهله في غير الكوفة فيخرجه الى اهله للخدمة هناك اذا كان يخرج من الثلث لان الوصية انما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي فان

كان الموصى له في مصر الموصي فمقصوده ان يمكنه من خدمته فيه بدون ان تلزمه مشقة السفر وان كان في غير مصره فمقصوده
ان يحمل العبد الى اهله ليخدمهم بخلاف ما اذا لم يخرج من الثلث فانه ليس للموصى له الاخراج من مصر الموصي الا باجازة
الورثة ولو اوصى له بخدمة عبده ولآخر برقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب الخدمة
لانه اوجب لكل منهما شيئا معلوما عطفا منه لاحدهما على الآخر فتعتبر بهذه الحالة بحالة الانفراد فانه لو كانت الوصية بالخدمة
منفردة كانت الرقبة ميراثا للورثة والخدمة للموصى له من غير اشتراك فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان آخر تكون الرقبة له
والخدمة للموصى له بها اذ الوصية اخت الميراث من حيث ان الملك فيهما يثبت بعد الموت ثم العبد الموصى بخدمته لشخص
وبرقبته لآخر اما ان يكون ادرك حد الخدمة اولا فان كان الثاني فنفقته على الموصى له بالرقبة الى ان يدرك حد الخدمة
لان بالانفاق عليه تنمو العين وذلك منفعة لصاحب الرقبة فاذا ادرك الخدمة صار كالكبير والنفقة في الكبير على من له الخدمة
لانه انما يتمكن من استخدامه بالانفاق عليه اذ لا يقدر العبد على الخدمة الا به وان ابى الانفاق عليه رده الى من له الرقبة
كالمستعير مع المعير وان جنى جناية فالفداء على من له الخدمة لان التمكن من الخدمة بالتطهير عن الجناية فيجب عليه التطهير كذا
في الهداية والعناية وان اوصى بثمرة بستانه فمات الموصي وفيه اي في البستان الموصى به ثمرة فله اي للموصى له
هذه الثمرة الموجودة وقت موت الموصي فقط وان زاد قوله ابدا فله هذه وما يستقبل يعني اذا زاد في الثمرة لفظ
ابدا صار كما اذا اوصى له بغلة بستانه من غير زيادة شيء حتى يستحق الموجود وما سيوجد ما عاش والفرق
ان الثمرة اسم للموجود عرفا فلا تتناول المعدوم الا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الابد لانه لا يتأبد الا بتناول
المعدوم والمعدوم مذكور وان لم يكن شيئا اما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد اخرى عرفا يقال
فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة ارضه وداره فاذا اطلقت تتناولهما عرفا من غير توقف على دلالة اخرى اما
الثمرة اذا اطلقت لا يراد بها الا الموجود ولا تتناول المعدوم الا بدليل زائد عليه وانما قيد بقوله وفيه ثمرة لانه اذا لم
يكن في البستان ثمرة والمسئلة بحالها فهو كمسئلة الغلة في تناولها الثمرة المعدومة ما عاش الموصى له وانما كان
كذلك لان الثمرة اسم للموجود حقيقة ولا يتناول المعدوم الا مجازا فاذا كان في البستان ثمرة عند موت الموصي صار
مستعملا في حقيقته فلا يتناول المجاز ولا يجوز الجمع بينهما الا انه اذا ذكر لفظ الابد يتناولهما عملا بعموم المجاز لا جمعا
بين الحقيقة والمجاز كذا في الزيلعي وان اوصى له بصوف غنمه او لبنها او اولادها فله ما يوجد من ذلك اي من الصوف
او اللبن او الاولاد عند موته اي عند موت الموصي فقط اي ولا يستحق الموصى له ما سيحدث من ذلك بعد موت
الموصي سواء قال ابدا او لم يقل لان الوصية ايجاب عند الموت فيعتبر وجود هذه الاشياء عنده وهذا بخلاف ما
تقدم والفرق ان القياس يأبى تمليك المعدوم لانه لا يقبل الملك الا ان في الثمرة المعدومة والغلة المعدومة جاء الشرع
بورود العقد عليها كالمزارعة والمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بطريق الاولى لان بابها اوسع من
غيرها وكذا الصوف على الظهر واللبن في الضرع والولد الموجود في البطن يستحق بجميع العقود تبعا وبالخلع مقصودا
فكذا بالوصية واما المعدوم من الولد والصوف واللبن فلا يجوز ايراد العقد عليها اصلا ولا يستحق بعقد ما فكذا لا
يدخل تحت الوصية كذا في الهداية والزيلعي **باب وصية الذمي** عقب وصية المسلم بوصية الذمي لكون الكفار ملحقين
بالمسلمين في احكام المعاملات ولو جعل ذمي داره بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث يعني لو صنع ذمي داره بيعة
او كنيسة في حال صحته ثم مات فهو ميراث بين ورثته بالاتفاق فيما بين اصحابنا على اختلاف التخريج اما عند ابي حنيفة
فلان هذا بمنزلة الوقف عنده اذا كان لمسلم فان وقف المسلم في حال الحيوة موروث بعد موته لكونه غير لازم فهذا

اولى

اولى واما عندهما فلان هذه الوصية معصية فلا تصح وان كانت قربة في معتقدهم لتحقق الاشكال على قول ابي حنيفة وهو ان هذا
عندهم كالمسجد عند المسلمين والمسلم ليس له ان يبيع مسجدا فوجب ان يكون الذمي فيها كذلك لانهم عنده يتركون وما يعتقدون
واجاب بان المسجد محرز عن حقوق الناس وصار خالصا لله تعالى ولا كذلك البيعة في معتقدهم فانها لمنفعة الناس لانهم
يسكنون فيها ويدفنون فيها موتاهم فلم تصر محرزة عن حقوقهم فكان ملكه فيها ثابتا وفي هذه الصورة يورث المسجد ايضا
على ما سيجيء بيانه ولو اوصى به لقوم مسمين يعني لو اوصى ذمي بان يبني داره بيعة او كنيسة لناس معينين جاز من
الثلث لان الوصية فيها معنى الاستخلاف والتمليك وللذمي ولاية التمليك فامكن تصحيحها بناء على اعتبار المعينين فجوزناه
نظرا الى التمليك وجعلناه من الثلث نظرا الى الاستخلاف واذا صار ملكا للمسمين صنعوا به ما شاءوا ولغير المسمين
يعني قوما غير محصورين جازت الوصية عنده وقالا هي باطلة لان هذه في الحقيقة معصية وان كانت في معتقدهم قربة
والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقريرها وله ان الاعتبار لمعتقدهم فانهم لو اوصوا بالحج لم تعتبر وان كان عبادة
عندنا بلا خلاف فكذلك اذا اوصوا بما هو في معتقدهم عبادة صح وان كان عندنا معصية لانا امرنا ان نتركهم وما يدينون
ثم الفرق لابي حنيفة بين بنائها وبين الوصية بها ان البناء ليس بسبب لزوال الملك وانما يزول ملك الباني بان يصير محرزا
خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محرزة لله تعالى فتورث عنه بخلاف الوصية فانها وضعت لازالة الملك
غير ان ثبوت مقتضى الوصية وهو الملك امتنع فيما ليس بقربة عندهم فتبقى فيما هو قربة عندهما على مقتضاه فيزول ملكه
فلا يورث قال مشائخنا هذا الاختلاف فيما اذا اوصى ببنائها في القرى فاما في المصر فلا يجوز بالاتفاق لانهم لا يمكنون من
احداث البيعة في الامصار وعلى هذا الخلاف اذا اوصى بان يذبح خنازيره ويطعم المشركين من غير تعيين لما ذكرنا وان
كان لقوم معينين جاز بالاتفاق على انه تمليك وتصح وصية مستأمن لا وارث له في دارنا بكل ماله لمسلم او ذمي
لان عدم الجواز بما زاد على الثلث انما كان لحق الورثة الا ترى انهم لو اجازوه جاز وليس للورثة حق محترم لكونهم في
دار الحرب اذ هم كالاموات فصار كان لا وارث له فتصح ولان حرمة ماله باعتبار الامان والامان كان لحقه لا لحق
ورثته وقد اسقط حقه فتجوز واذا كان ورثته معه لا تجوز باكثر من الثلث الا باجازتهم لانه بالامان التزم احكامنا فصار كالذمي
وان اوصى ببعضه رد الباقي الى ورثته لان في الرد مراعاة لحق المستأمن لان من حقه تسليم ماله الى ورثته عند الفراغ
عن حاجته وتصح الوصية له اي للمستأمن ما دام في دارنا من مسلم او ذمي لان المستأمن ما دام في دار الاسلام
فهو كالذمي في المعاملات ولهذا يصح عقود التمليكات منه وتبرعاته في حال حيوته فكذا بعد مماته وعن ابي حنيفة وابي
يوسف وصية المسلم والذمي للحربي المستأمن لا يجوز لانه في دارهم حكما حتى يمكن من الرجوع اليها فصارت كالارث
والاول اظهر لان الوصية تمليك مبتدأ ولهذا تجوز للذمي والعبد بخلاف الارث ولو اوصى الذمي باكثر من الثلث او
لوارثه لا تجوز كالمسلم لانهم التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ولو اوصى بخلاف ملته جاز اعتبارا بالارث
اذ الكفر كله كلمة واحدة ولو اوصى الحربي في دار الحرب لا تجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين فكذا الوصية لانها اخته
وعلى رواية الجامع الصغير ينبغي ان تجوز كالمسلم ولو اوصى لمستأمن في دار الاسلام ينبغي ان يكون على الروايتين
المذكورتين في المسلم وصاحب الهوى قد مر تفسيره في كتاب الشهادات ان لم يكفر بهواه فهو كالمسلم في حق الوصية لانا
امرنا ببناء الاحكام على الظاهر والا اي وان يكفر بهواه كالمجسمة فكالمرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته
قال صاحب الهداية في المرتدة الاصح ان تصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم فجعلها كالذمية
وقال السغناقي في النهاية وذكر صاحب الكتاب في الزيادات على خلاف هذا وقال بعضهم لا تكون بمنزلة الذمية وهو

الصحيح حتى لا تصح منها وصية والفرق بينهما وبين الذمية ان الذمية تقر على اعتقادها واما المرتدة فلا تقر على اعتقادها قال
الراجي عفو ربه الاشبه ان تكون كالذمية فتجوز وصيتها لانها لا تقتل ولهذا يجوز جميع تصرفاتها فكذا الوصية كانه اراد بقوله
صاحب الكتاب صاحب الهداية وذكر العتابي في الزيادات ان من ارتد عن الاسلام الى النصرانية او اليهودية او المجوسية يحكم وصاياه
حكم من انتقل اليهم فما صح منهم صح منه وهذا عندهما واما عند ابي حنيفة فوصيته موقوفة ووصايا المرتدة نافذة بالاجماع لانها لا
تقتل عندنا وقال قاضيخان المرتدة الصحيح انها كالذمية فتجوز منها ما جاز من الذمية وما لا فلا الكل من الزيلعي ووصية الذمي تعتبر من
الثلث ولا تصح لوارثه اعتبارا بالمسلمين لانهم التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات كما مر وتجوز وصيته لذمي من
غير ملته اعتبارا بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة لا للحربي اي لا تجوز وصية الذمي في دار الاسلام للحربي في دار الحرب لتباين الدارين
فروع لو اوصى بعمارة قبره للتزيين فهي باطلة ولو اوصى باتخاذ الطعام بعد وفاته للماتم ويطعم الذين يحضرون التعزية قال
الفقيه ابو جعفر يجوز ذلك من الثلث ويحل للذين يطول مقامهم عنده وللذي يجئ من مكان بعيد يستوي فيه الاغنياء والفقراء
ولا يجوز للذي لا يطول مسافته ولا مقامه فان فضل ذلك من الطعام شئ كثير يضمن الوصي وان كان قليلا لا يضمن وعن
الشيخ الامام ابي بكر البلخي رجل اوصى ان تتخذ الطعام بعد موته للناس ثلاثة ايام قال الوصية باطلة وعن ابي القاسم في حمل الطعام
الى اهل المصيبة والاكل عندهم قال الطعام في الابتداء غير مكروه لاشتغال اهل المصيبة بتجهيز الميت ونحوه فاما حمل الطعام
في اليوم الثالث لا يستحب لان في اليوم الثالث يجتمع النائحات فاطعامه في ذلك اليوم يكون اعانة على المعصية كذا في قاضي
خان ولو اوصى بان يطين عليه قبره او يجعل عليه قبة او يدفع شيئا الى من يقرأ عند قبره القرآن فالوصية باطلة لان عمارة
القبور للاحكام مكروه واخذ الشئ للقراءة لا يجوز لانه كالاجرة كذا في الاختيار وذكر في النوازل رجل اوصى لقارئ القرآن
ان يقرأ عند قبره بشئ فالوصية باطلة لكن هذا اذا لم يعين القارئ اما اذا عينه ينبغي ان يجوز على وجه الصلة دون الاجرة كذا
في الخلاصة قال في التاتارخانية نقلا عن المحيط والصحيح انه لا يجوز وان كان القارئ معينا انتهى لكن قال الحدادي في شرح القدوري
وقال بعضهم يجوز وهو المختار انتهى

باب الوصي

لما فرغ من بيان الموصى له شرع في بيان احكام الموصى اليه وهو الوصي
لان كتاب الوصايا يشتمله لكن قدم احكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعها فكانت الحاجة الى معرفتها امس قال قاضي خان
ينبغي للرجل ان لا يقبل الوصية لانها امر على خطر لما روي عن ابي يوسف انه قال الدخول في الوصية اول مرة غلط والثانية
خيانة وعن غيره والثالثة سرقة وعن بعض العلماء لو كان الوصي عمر بن الخطاب لا ينجو عن الضمان وعن الشعبي انه قال
لا يدخل في الوصية الا احمق او لص انتهى وعن ابي مطيع البلخي انه قال افتي منذ نيف وعشرين سنة فما رأيت عما عدل في مال
ابن اخيه هذا يدل على انه اذا لم يقبل الوصاية فهو اسلم كذا في الخلاصة والتتمة وقد قيل اتقوا الواوات الوكالة والوصاية
والوديعة والولاية ذكره في البزازية ومن اوصى وفوض الى رجل فقبل الرجل الايصاء في وجهه اي في وجه الموصي ورده اي
الايصاء في غيبته اي في غيبة الموصي من غير علمه ليتدارك حاله عند رد الوصي لا يرتد لان الموصي مات معتمدا عليه فلو صح رده بغير علمه
في حيوته او بعد مماته صار مغرورا من جهته وهو اضرار لا يجوز فرد رده وقد طولب بالفرق بين الموصى له والموصى اليه في ان قبول
الاول في الحال غير معتبر حتى لو قبل في حال حيوة الموصي ثم رده بعد وفاته كان صحيحا بخلاف الثاني على ما ذكرتم واجيب بان نفع
الاول بالوصية لنفسه ونفع الثاني للموصي فكان في رده بغير علمه اضرار به فلا يجوز بخلاف الاول لان الموصي به يرجع الى
ورثة الموصي ولا ضرر لهم في ذلك وان قبل في وجهه ورده في وجهه يرتد لانه ليس للموصي ولاية الزامه التصرف ولا غرور
فيه لانه يمكنه ان يثبت غيره فان لم يقبل في وجهه ولم يرد حتى مات الموصي فهو مخير بين القبول وعدمه لما مر ان الموصي
ليس له ولاية الالزام فيبقى مخيرا وان باع شيئا من التركة لم يبق له الرد ان غير عالم بالايصاء يعني ان باع الوصي شيئا من

من تركة موصيه فقد لزمته الوصاية كقبولها نصا لان ذلك دلالة الالتزام فينفذ البيع لصدوره من الوصي سواء علم بالايصاء
او لم يعلم بخلاف الوكيل وقدم الفرق في آخر كتاب القضاء فان رد بعد موته ثم قبل صح ما لم ينفذ قاض رده يعني ان الوصي
اذا سكت في حيوة الموصي ثم قال بعد مماته لا اقبل ثم قبل صح قبوله فهو وصي ان لم يخرجه القاضي حين قال لا اقبل لان مجرد
قوله لا اقبل لا يبطل الايصاء عندنا خلافا لزفر وذلك لان في ابطاله مضرة بالميت وفي ابقائه ضررا بالوصي بالابقاء على الوصاية
لكن الضرر الاول اعلى لكونه غير مجبور بشئ والثاني مجبور بالثواب ودفع الاعلى من الضررين اولى لا محالة الا ان القاضي
اذا اخرجه عن الوصاية حين قال لا اقبل لا يصح قبوله بعد ذلك واختلف في تعليل صحة هذا الاخراج فمنهم من قال القاضي
حكم في فصل مجتهد فيه فينفذ واليه ذهب الامام شمس الائمة السرخسي واختاره صاحب الهداية ومنهم من قال انما يصح
لان الوصاية لو صحت بقبوله كان للقاضي ان يخرجه ويصح الاخراج فههنا اولى واليه ذهب شمس الائمة الحلواني وان اوصى
الى عبد او كافر او فاسق يعني اذا اوصى الى عبد غيره او الى كافر ذمي او مستامن حربي او الى فاسق اخرجه القاضي عن الوصاية
ونصب غيره وهذا لفظ القدوري وهو يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعد الصحة وذكر محمد في الاصل في الصور
الثلاث ان الوصية باطلة ثم اختلف المشايخ في انه باطل اصلا او معناه ستبطل قال الفقيه ابو الليث انه باطل واليه
ذهب القدوري وفخر الاسلام البزدوي وعامة مشايخنا ان معناه ستبطل ووجهه ان العبد اهل للتصرف ولهذا
جاز توكيله لكن لما كان عجزه عن استيفاء حقوق الميت مظنونا لكون منافعه للمولى والظاهر المنع عن التبرع بها وعلى
تقدير الاجازة كان له الرجوع وعند ذلك يعجز العبد عن التصرف بالوصاية قلنا بانه ستبطل باخراج القاضي عنها واما
الكافر فقد ذكر في كتاب القسمة انه لو قاسم شيئا قبل ان يخرجه القاضي جاز فثبت ان الايصاء صحيح لكنه لا يصح في
البياعات الفاسدة فجاز ان يخرجه من الوصية وقال بعضهم انه باطل في العبد واليه ذهب شمس الائمة السرخسي وذلك
لان الوصاية ولاية متعدية وليس للعبد ولاية على نفسه قبل الاجازة فضلا عن ان يكون له ولاية على غيره كذا في العناية
وقيل في الكافر باطلة ايضا لعدم ولايته على نفسه ووجه الصحة ثم الاخراج ان اصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة
وولاية الفاسق على نفسه وعلى غيره على ما عرف خصوصا وولاية الكافر في الجملة الا انه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على
اجازة مولاه وتمكنه من الحجر بعدها والمعادات الدينية الباعثة على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالجناية
فيخرجهم القاضي عن الوصاية ويقيم غيرهم مقامهم تماما للنظر وشرط في الاصل ان يكون الفاسق مخوفا منه على المال لانه
يكون عذرا في اخراجه وتبديله بغيره بخلاف ما اذا اوصى الى مكاتبه او مكاتب غيره حيث يجوز لان المكاتب في منافعه كالحر
وان عجز عن ذلك فالجواب فيه كالجواب في القن والصبي كالقن فلو بلغ الصبي وعتق العبد واسلم الكافر لم يخرجهم القاضي عن
الوصاية وان اوصى الى عبده اي عبد نفسه فان كان كل الورثة صغارا صح عنده خلافا لهما وان كان فيهم كبير
بطل اجماعا لهما ان الولاية منعدمة وهو القياس لان الرق ينافيها ولان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا
قلب المشروع وله انه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون اهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان
كانوا ملاكا ليس لهم ولاية النظر والمنع فلا منافاة بخلاف ما اذا كان فيهم كبير او اوصى الى عبد الغير حيث لا يستبد بالتصرف
اذ للكبير او المولى منعه بخلاف الاول لانه ليس للقاضي ولا للصغار منعه بعدما ثبت الايصاء اليه وكذا ليس له بيعه وايصاء
المولى اليه يؤذن بكونه ناظرا لهم كالمكاتب ولو كان الوصي عاجزا عن القيام بالوصية اي الوصاية ضم اليه غيره
يعني اذا ظهر للقاضي عجز وصي اختاره الميت عن الاستبداد بالقيام بالوصاية وهو عدل ضم اليه غيره رعاية لحق الموصي والورثة
وهذا لان القاضي نصب ناظرا فاذا علم عيانة الوصي بعض كفايته وجب عليه تكميل النظر وهو بحصول بضم غيره اليه

وإذا لم يظهر ذلك اليه لكن شكى اليه الوصي علم الاستبداد او عجزه لا يجيبه القاضي حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون
كاذبا تجنيفا على نفسه ولو ظهر للقاضي عجزه اصلا استبدل به غيره رعاية للنظر من جانب الموصي فان المنصوب من جهة القاضي
يقوم بالتصرف في حوائج الموصي ومن جانب الوصي العاجز المعزول فانه يقوم لقضاء حقوق نفسه فان كان قادرا امينا
لا يخرج اي وان كان وصي الميت كافيا عدلا فليس للقاضي ان يتعرض اليه بالاخراج وان الوصل شكا اليه الورثة كلهم
او بعضهم منه لانه استفاد الولاية من الميت فلو اختار غيره كان دونه لانه مختار الميت ومرضيه فابقاؤه اولى الا
ترى انه يقدم على ابي الميت مع وفور شفقته فاولى ان يقدم على غيره ما لم يظهر منه خيانة فانه اذا ظهرت الخيانة منه فاتت
الامانة والميت انما اختاره لاجلها وليس من النظر ابقاؤه بعد فواتها وهو لو كان حيا لاخرجه منها فعند عجزه بالموت ينوب
القاضي منابه ويقيم غيره مقامه كانه مات ولا وصي له كذا في الزيلعي والهداية وشروحها فرع ليس للقاضي عزل الوصي العدل
الكافي فان عزله كان جائرا اثما كما في المحيط واختلفوا في صحة عزله والاكثر على الصحة كما ذكره ابن شحنة لكن يجب الافتاء بعدم
صحته كما في جامع الفصولين والعدل الكافي لا يملك عزل نفسه والحيلة فيه شيئان احدهما ان يجعل الميت وصيا على
ان يعزل نفسه متى شاء الثاني ان يدعي دينا على الميت فيتهمه القاضي فيخرجه كذا في الولوالجية كذا في الاشباه والنظائر
وإذا ادعى الوصي دينا على الميت ولا بينة له اخرجه القاضي من الوصاية لانه يستحل اخذ مال اليتيم وقيل ان ادعى شيئا بعينه
اخرجه والا فلا والمختار ان يقول له القاضي اما ان تقيم البينة وتستوفي او تبرئه والا اخرجتك من الوصاية فان اقام او ابرأ
والا اخرجه واقام غيره مقامه كذا في الاختيار والخلاصة وذكر الخصاف ان القاضي يجعل للميت وصيا في مقدار الدين الذي ادعى
حاجته ولا يخرج الوصي عن الوصاية وبه اخذ المشايخ وعليه الفتوى القاضي اذا اتهم الوصي قال ابو حنيفة يجعل القاضي معه غيره
ولا يخرجه وقال ابو يوسف يخرجه وهو الظاهر وعليه الفتوى لان الوصي قائم مقام الميت ولو كان الاب حيا وخيف منه على مال ولده
الصغير فان القاضي يخرج المال من يده فالوصي اولى كذا في قاضيخان رجل اوصى الى رجل وجعل غيره مشرفا عليه ذكر الناطفي
انهما وصيان كانه قال جعلتكما وصيين فلا ينفرد احدهما بما لا ينفرد احد الوصيين وقال الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل
يكون الوصي اولى بامساك المال ولا يكون المشرف وصيا واثر كونه مشرفا لا يجوز تصرف الوصي الا بعلمه مريض قال لصاحبه
في سفر انت وصيي في ان تشتري لي كفنا وتحمل متاعي الى ورثتي فاذا سلمت اليهم فانت خارج عن الوصية او لم يقل
اذا سلمت فانت خارج عن الوصية ثم مات المريض وعليه ديون وقد اوصى بوصايا قال ابو حنيفة هو وصي في كل شيء رجل
اوصى بنصيب بعض اولاده الى رجل وبنصيب البعض الاخر الى رجل اخر فهما شريكان في الكل ولو اوصى الى رجل بدين
والاخر بان يعتق عبده او ينفذ وصيته فهما وصيان في كل شيء عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد كل واحد وصي على ما سمي
له لا يدخل الاخر معه وكذا اذا اوصى بميراثه في بلد كذا الى رجل وبميراثه في بلد اخرى الى اخر قال الشيخ الامام ابو بكر محمد بن
الفضل اذا جعل الرجل رجلا وصيا على ابنه وجعل اخر وصيا على بنته او جعل احدهما وصيا في ماله الحاضر وجعل اخر وصيا
في ماله الغائب فان كان شرط ان لا يكون كل واحد منهما وصيا فيما اوصى الى الاخر يكون الامر على ما شرط اعتبارا لكل
وان لم يشترط ذلك فحينئذ يكون المسئلة على الاختلاف والفتوى على قول ابي حنيفة كذا في قاضيخان فان اوصى الى
اثنين لا ينفرد احدهما بالتصرف في مال الميت فان تصرف فيه فهو باطل هذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
ينفرد كل واحد منهما بالتصرف ثم قيل الخلاف فيما اذا اوصى الى كل واحد منهما بعقد على حدة واما اذا اوصى اليهما بعقد واحد
فلا ينفرد احدهما بالاجماع كذا ذكره الكيساني وقيل الخلاف فيما اذا اوصى اليهما معا بعقد واحد واما اذا اوصى الى
كل واحد منهما بعقد على حدة فانه ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بالاجماع ذكره الحلواني عن الصفار وقال الفقيه ابو الليث

هذا اصح

هذا اصح وبه نأخذ بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل واحد منهما على الانفراد وقيل الخلاف في الفصلين جميعا اي سواء اوصى اليهما جميعا
او متفرقا ذكره ابو بكر الاسكاف قال في المبسوط هذا اصح لان وجوب الوصية انما يكون عند الموت وحينئذ يثبت الوصية لهما
معا فلا فرق بين الافتراق والاجتماع بخلاف الوكالة لابي يوسف ان الوصاية سبيلها الولاية وهي وصف شرعي لا يتجزى
فيثبت لكل واحد منهما كاملا كولاية الانكاح للاخوين ولان اختيار الموصي اياهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة فصار
كالقرابة بمواضع الاشتباه ولهما ان الولاية تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو الاجتماع لانه شرط مفيد اذ رأي
الواحد لا يكون كرأي الاثنين ولم يرض الموصي الا بالمثنى فصار كل واحد فرد بهذا السبب بمنزلة شطر العلة وهو لا يثبت به الحكم
فكان باطلا بخلاف الاخوين في الانكاح لان السبب هناك القرابة وقد قامت بكل واحد منهما كملا وبخلاف مواضع الاستثناء هنا
من باب الضرورة لا من باب الولاية ومواضع الضرورة مستثناة دائما كذا في الزيلعي والعناية الا بشراء الكفن وتجهيزه لان
في التاخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران ايضا في الحضر والرفقة في السفر وخصومة في حقوق الميت لان الاجتماع فيها متعذر
ولهذا ينفرد بها احد الوكيلين وقضاء دين وطلبه لانه ليس من باب الولاية وانما هو من باب الاعانة الا ترى ان صاحب الحق يملكه
اذا ظفر به بخلاف قضاء دين الميت لانه رضي بامانتهما جميعا في القبض وشراء حاجة الطفل يخاف هلاكه من الجوع والعري وانفراد
احدهما بذلك احياء للطفل ولهذا يملكه كل من هو في يده وقبول الهبة للطفل لان في التاخير خيفة الفوات ولانه يملكه الام والذي
هو في حجره فلم يكن من باب الولاية ورد وديعة معينة لان لصاحب الحق اخذها بلا دفع الوصي وتنفيذ وصية معينة واعتاق
عبد معين ورد مغصوب او مشترى بشراء فاسد لانه لا يحتاج في ذلك الى الرأي وجمع اموال ضائعة اي مشرفة على الهلاك
وحفظ المال وبيع ما يخاف تلفه من نحو المطعوم والمشروب لان في التاخير خوف الفوات فكان فيه ضرورة لا تخفى ولانه يملكه كل
من هو في يده فلم يكن من باب الولاية بل من الاعانة وعند ابي يوسف يجوز الانفراد مطلقا اي سواء كانت مما فيه الولاية او النظر
او الاعانة وقد عرفت وجه الكل وان مات احد الوصيين اقام القاضي غيره مقامه اما عندهما فظاهر لان الباقي منهما عاجز
عن الانفراد بالتصرف فيضم القاضي اليه نظرا للميت عند عجز الميت واما عند ابي يوسف فلان الحي منهما وان كان يقدر على
التصرف فالموصي قصد ان يخلفه وصيان متصرفان في حقوقه وذلك ممكن التحقيق بنصب وصي اخر مكان الميت هذا ان
لم يوص الوصي الميت الى احد وان اوصى الى الوصي الحي جاز ويتصرف وحده كما اذا اوصى الى شخص اخر ولا يحتاج القاضي الى
نصب وصي اخر لان رأي الميت باق حكما برأي وصيه لهذا اجاز ان يوكله حال حيوته في حال الميت فكذا الوصية
وعن ابي حنيفة انه لا ينفرد بالتصرف لان الموصي ما رضي بتصرفه وحده بخلاف ما اذا اوصى الى غير الحي لانه ينفذ تصرفه برأي
المثنى كما رضيه المتوفى والوصي وصي في التركتين يعني اذا مات الوصي فاوصى الى غيره فذلك الغير وصي في تركته
وتركة الميت الاول عندنا وقال الشافعي لا يكون وصيا في تركة الميت الاول لان الميت فوض اليه التصرف
ولم يفوض اليه الايصاء الى غيره فلا يملكه ولانه رضي برأيه لا برأي غيره فصار كوصي الوكيل فانه لا يكون وصيا في مال الموكل
حامته دون مال الموكل ولان العقد لا يقتضي مثله الا ترى ان الوكيل ليس له ان يوكل ولا للمضارب ان يضارب
فكذا الوصي ليس له ان يوصي في مال الموصي قلنا ان الوصي يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد
الا ترى ان الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل الى الوصي ولهذا يقدم على الجد ولو لم ينتقل اليه لما يقدم عليه
كالوكيل ما لم ينتقل اليه الولاية لا يتقدم على الجد بل يتقدم عليه الجد وينعزل هو بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا
فاذا انتقلت اليه الولاية ملك الايصاء والذي يوضح ذلك ان الولاية التي كانت للموصي تنتقل الى الجد في النفس والى
الوصي في المال ثم الجد قائم مقام الاب فيما ينتقل اليه حتى ملك الايصاء فيه وكذا الوصي فيما انتقل اليه لانه خلف عن الاول

وبهذا لان الايصاء اقامة غيره مقام نفسه فيما له ولاية وعند الموت كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني منزلته في التركتين ولانا نسلم انه لم يرض برأى غيره اوصى اليه الموصى بل وجد ما يدل عليه لانه لما استعان به في ذلك مع علمه انه تعتريه المنية صار راضيا بايصائه الى غيره لا سيما على تقدير حصول الموت قبل تتميم مقصوده بنفسه فلم يوجد لا الرضاء بالتفويض الى غيره بتوكيل او ايصاء وتصح قسمة الوصى عن الورثة مع الموصى له فلا يرجعون على الموصى له لو هلك حظهم في يد الوصى يعني لو اوصى رجل الى رجل واوصى لرجل آخر بثلث ماله وله ورثة صغار او كبار غيب فقاسم الوصى الموصى له نائبا عن الورثة واعطاه الثلث وامسك الثلثين للورثة كانت القسمة نافذة على الورثة في المنقول والعقار ان كانوا صغارا وفي المنقول ان كانوا كبارا حتى لو هلك حصة الورثة في يده لم يرجع الورثة على الموصى له بشيء

لا مقاسمته معهم عن الموصى له فيرجع عليهم بثلث ما بقي لو هلك حظه في يد الوصى يعني اذا كان الوارث كبيرا حاضرا والموصى له غائبا فقاسم الوصى مع الوارث عن الموصى له فاعطى الورثة حقهم لم ينفذ القسمة على الموصى له صغيرا كان او كبيرا حاضرا كان او غائبا في المنقول والعقار جميعا حتى لو هلك في يد الوصى ما افرز كان له ان يرجع على الورثة بثلث ما في ايديهم والفرق بين المنقول والعقار ان الورثة اذا كانوا صغارا كان للوصى بيع نصيب الصغار من المنقول والعقار جميعا اما اذا كانوا كبارا فليس له بيع العقار عليهم وله ولاية بيع المنقول وكذا القسمة لانها نوع بيع وحاصل الفرق بين المسئلتين ان الوارث خلف عن الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه ويصير مغرورا بشراء المورث والوصى ايضا خلف الميت فيكون خصما عن الوارث اذا كان غائبا فصحت قسمته عليه حتى لو حضر الغائب وقد هلك ما في يد الوصى ليس له ان يشرك الموصى له اما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب جديد ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا بشراء الموصى فلا يكون الوصى خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك ما افرز له عند الوصى كان له ثلث ما بقي لان القسمة لم تنفذ عليه غير ان الوصى لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لان الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة ويرجع الموصى له في المسئلة الثانية على ما في ايدي الورثة ان كان باقيا فياخذ بثلثه لعدم صحة القسمة في حقه وان هلك في ايديهم فله ان يضمنهم قدر ثلث ما قبضوا وان شاء ضمن الوصى ذلك القدر لانه متعد فيه بالدفع اليهم والورثة بالقبض فيضمن ايهما شاء ذكره في النهاية والزيلعي وصحت المقاسمة للقاضي لو قاسمهم عنه اي عن الموصى له واخذ القاضي قسطه اي نصيب الموصى له ان غاب لان الوصية صحيحة وان كان قبل القبول ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثا لورثته والقاضي ناظر في حق العاجز وافراز نصيب الغائب وقبضه من النظر فينفذ ذلك عليه وصح حتى لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض في يد القاضي او امينه لم يكن له على الورثة سبيل ولا على القاضي وهذا في المكيل والموزون لانه افراز ومعنى المبادلة فيهما تابع حتى جاز اخذه لاحد الشريكين من غير قضاء ولا رضاء ولذا يجوز بيع نصيبه مرابحة واما ما لا يكال ولا يوزن فلا يجوز لان القسمة فيه مبادلة كالبيع وبيع مال الغير لا يجوز فكذا القسمة وفي الوصية بحج لو قاسم الوصى الورثة فضاع ما افرز للحج عنده اي الوصى يؤخذ للحج ثلث ما بقي وكذا لو دفعه اي دفع الوصى ما افرز للحج لمن يحج عن الميت فضاع في يده اي في يد من يحج عن الميت وعند ابي يوسف ان بقي من الثلث شيء اخذ والا فلا وعند محمد لا يؤخذ شيء فلو مات رجل وترك اربعة آلاف درهم واوصى ان يحج عنه وكان مقدار الحج الف درهم فاخذ الوصى الفا ودفعها الى الذي يحج عن الميت فسرقت في الطريق قال ابو حنيفة يؤخذ ثلث ما بقي من التركة وهو الف درهم فان سرقت ثانيا يؤخذ ثلث ما بقي مرة اخرى هكذا وقال ابو يوسف يؤخذ ما بقي من ثلث جميع المال وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلثون وثلث درهم

فان سرقت

فان سرقت ثانيا لا يؤخذ مرة اخرى وقال محمد اذا سرقت الالف الاولى بطلت الوصية فلا يؤخذ منه مرة اخرى لان القسمة حق الموصى ولو افرز الوصى بنفسه مالا ليحج عنه فهلك لا تلزمه شيء وبطلت الوصية وكذا اذا افرزه وصيه الذي قام مقامه ولابي يوسف ان محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها ما بقي محلها واذا لم يبق بطلت لفوات محلها ولابي حنيفة ان القسمة لا تراد لذاتها بل لمقصودها وهو تادية الحج فلم تعتبر دونه وصار كما اذا هلك قبل القسمة فيحج بثلث ما بقي ولان تمامها بالتسليم الى الجهة المسماة اذ لا قابض لها فاذا لم يصرف الى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبل القسمة كذا في الهداية وشروحها ولو باع الوصى من التركة عبدا مع غيبة الغرماء جاز لان الوصى قائم مقام الموصى ولو تولى حيا بنفسه جاز بيعه بغير محضر من الغرماء اذا باع بمثل قيمته وان كان مريضا مرض الموت فكذا الوصى لقيامه مقامه وهذا لان حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المأذون له المديون حيث لا يجوز للمولى بيعه بغير محضر من غرماء العبد لان الغريم العبد هناك حقا في استسعاء العبد وبعد البيع لا يبقى فكان في البيع ابطال حق الغريم فلا ينفذ بغير اجازتهم واما فيما نحن فيه فليس لغريم المولى حق في استسعاء العبد انما حقه في استيفاء الدين من الثمن فلم يكن البيع مبطلا لحق الغريم بل محققا له لان حقه في الدراهم والدنانير لا في عين العبد وبالبيع يحصل وان اوصى ببيع شيء من تركته والتصدق به على المساكين فباعه وصيه وقبض ثمنه فضاع الثمن في يده اي في يد الوصى واستحق المبيع بعد ذلك ضمنه اي ضمن الوصى الثمن للمشتري لانه هو العاقد فيكون العهدة عليه وهذه عهدة لان المشتري منه ما رضي ببذل الثمن الا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد اخذ الوصى البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده ورجع الوصى به اي بالثمن المضمون في التركة لانه عامل للميت فيرجع عليه كالوكيل وكان ابو حنيفة يقول اولا لا يرجع الوصى على احد لانه تبين بطلان الوصية باستحقاق العبد فلم يكن عاملا للورثة فلا يرجع عليهم ثم رجع الى انه يرجع في جميع التركة وعن محمد انه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فاخذ حكمها ومحل الوصية الثلث وجه الظاهر انا لا نسلم انه يرجع عليه بحكم الوصية بل بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضي من جميع التركة بخلاف القاضي وامينه اذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه لان في الزامها القاضي تعطيل القضاء لانه يمتنع عن التقلد بهذه الامانة حذار لزوم الضمان فيتعطل مصلحة العامة وامينه سفير محض كالرسول ولا كذلك الوصى لانه بمنزلة الوكيل وان كانت التركة قد هلكت او لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء على الورثة ولا على المساكين ان كان تصدق عليهم لان البيع لم يقع الا للميت فصار كما اذا كان على الميت دين آخر ذكر في الذخيرة محالا الى المنتقى ان الوصى يرجع على المساكين والقياس هكذا لان غنم تصرف الوصى عاد اليهم فالغرم يجب ان يكون ان الميت اصل في غنم هذا التصرف وهو الثواب والفقير يتبع له كذا في العناية ولو قسم الوصى التركة فاصاب الصغير شيء فقبضه وباعه وقبض ثمنه فضاع الثمن في يد الوصى واستحق ذلك الشيء رجع الوصى في مال الصغير لانه عامل له ورجع الصغير على بقية الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما اصابه ولا يصح بيع الوصى ولا شراؤه الا بما يتغابن فيه الناس ولا يجوز بما لا يتغابن الناس فيه لان الولاية نظرية ولا نظر في الغبن الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره انسداد بابه وقد مر الحد الفاصل بين الفاحش واليسير في كتاب الوكالة بخلاف العبد والصبي المأذون لهما في التجارة والمكاتب حيث يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك الحجر والوصى يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما لا يملكونه لان التصرف بالغبن الفاحش تبرع وهم ليسوا من اهلها ولا ضرورة اليه ويصحان اي بيع الوصى وشراؤه من نفسه اذا كان فيه نفع للصغير خلافا لهما وعند محمد ان اشترى الوصى شيئا من مال اليتيم لنفسه او باع شيئا منه من نفسه جاز عنده

يعني صح

ابي حنيفة واحدى الروايتين عن ابي يوسف اذا كان للصغير فيه منفعة ظاهرة وتفسير المنفعة الظاهرة ان يبيع مايساوي خمسة عشر بعشرة من الصغير ويشتري مايساوي عشرة بخمسة عشر فصاعدا للنفس كذا في العناية والزيلعي والتفسير المذكور للنفع والخيرية لشمس الائمة السرخسي ذكره قاضيخان ثم قال وقال بعضهم ان باع مال نفسه من اليتيم مايساوي عشرة بثمانية يكون خيرا لليتيم وان اشترى لنفسه من مال اليتيم مايساوي ثمانية بعشرة يكون خيرا لليتيم وهذه ثلاث مسائل احديها هذه والثانية الاب اذا اشترى لنفسه مال ولده الصغير او باع ماله من ولده الصغير ان كان شرا للولد لايجوز وان لم يكن شرا للولد جاز ولا يشترط ان يكون خيرا للولد والثالثة الوكيل بالبيع او بالشراء اذا اشترى مال الموكل لنفسه او باع مال نفسه للموكل لايجوز عندهم جميعا سواء كان خيرا او شرا للموكل او للوكيل كذا في قاضيخان واما اذا لم يكن فيه منفعة ظاهرة فلايجوز وعلى قول محمد واظهر الروايتين عن ابي يوسف انه لايجوز على كل حال هذا في وصي الاب واما وصي القاضي فلايجوز بيعه من نفسه بكل حال لانه وكيله وللاب ان يشتري شيئا من مال الصغير لنفسه اذا لم يكن فيه ضرر على الصغير بان كان بمثل القيمة او بغبن يسير كذا في الزيلعي وله اي للوصي دفع المال اي دفع مال الصغير مضاربة وله ان يعمل هو فيه مضاربة لانه قائم مقام الاب وللاب هذه التصرفات فكذا للوصي فان عمل بنفسه اشهد على ذلك لان له ان يتجر في مال الصغير قال عليه السلام ابتغوا في اموال اليتامى خيرا فاذا اراد ان يستوجب طائفة من المال لنفسه بالمضاربة احتاج الى الاشهاد نفيا للتهمة وعن محمد ان لم يشهد فما عمله للورثة لانه هو الظاهر فلا يترك الا بدليل وهو الاشهاد وللوصي ان ياكل من مال اليتيم اذا كان محتاجا ويركب دابته اذا ذهب في حاجته قال الله تعالى ومن كان فقيرا فلياكل بالمعروف كذا في الاختيار وقال قاضيخان ولو خرج وصي في عمل اليتيم واستاجر دابة من مال اليتيم ليركب وينفق على نفسه من مال اليتيم كان له ذلك فيما لابد منه استحسانا قال الفقيه ابو الليث هذا اذا كان الوصي محتاجا وشرط له بان يشاركه غيره وبضاعة ووديعة وعارية وله ان يسافر بمال اليتيم حتى لو سافر الوصي بمال اليتيم فهلك لايضمن اجماعا ذكره في البزازية وليس للوصي ان يهب ماله بعوض وبغير عوض وكذلك الاب ولو وهب انسان للصغير هبة فعوض الاب من مال الصغير لايجوز ويبقى للواهب حق الرجوع في الهبة وكذلك لو عوض من مال اليتيم وصي انفذ الوصية من مال نفسه فلو ان كان هذا الوصي وارث الميت يرجع في تركة الميت والا لا يرجع وقيل ان كانت الوصية للعباد يرجع لان لها مطالبا من جهة العباد فكانت كقضاء الدين وان كانت لله تعالى لايرجع وقيل له ان يرجع في التركة على كل حال وعليه الفتوى وهو كالوكيل بالشراء اذا ادى الثمن من مال نفسه كان له ان يرجع وكذا الوصي اذا اشترى كسوة للصغير او اشترى ماينفق عليه من مال نفسه فانه لايكون متطوعا كذا في قاضيخان وقبول الحوالة اي وللوصي ان يقبل حوالة دين الصغير على مديون على الاملاء اي على من اقدر على ادائه من المديون او ايسر قضاء واعجل وفاء لانه انظر لليتيم والولاية نظرية لا على الاعسار لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه لان في الاعسر يتاخر الاداء والتاخير تلاف من وجه ولم يذكر ما اذا كان المحيل والمحال عليه سواء في الملاءة وذكر في الذخيرة ان فيه اختلاف المشايخ ومن لايجوزه يحتاج الى الفرق بينها وبين ما اذا باع الوصي مال اليتيم بمثل قيمته من اجنبي فانه جائز والفرق ان البيع معاوضة من كل وجه والوصي يملكها اذا لم يكن فيها غبن فاحش واما الحوالة فليست كذلك لجوازها بالمسلم فيه وبراس مال السلم ولو كانت معاوضة من كل وجه كان استبدالا بالمسلم فيه وبراس المال وهو لايصح واذا لم يكن مبادلة كانت كالهبة بشرط العوض والوصي لايملكها من مال اليتيم عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف فيجب ان يكون هذا ايضا على ذلك كذا في العناية ولايجوز له اي للوصي ولا للاب الاقراض اي دفع مال الصغير لغيره قرضا وللقاضي ذلك لان القرض تبرع ابتداء معاوضة انتهاء فجعل معاوضة في حق القاضي لقدرته على الاستخلاص بواسطة الحبس وغيره وجعل

تبرعا

تبرعا في حق غيره لعجزه نظرا واحتياطا في مال الصغير فلا يجوز الاقراض لهما حتى لو اقرض كان ضامنا قال قاضيخان ولايجوز للوصي اقراض مال اليتيم فان اقرض كان ضامنا والقاضي يملك الاقراض واختلف المشايخ في الاب لاختلاف الروايتين عن ابي حنيفة والصحيح ان الاب بمنزلة الوصي لا بمنزلة القاضي انتهى قال في الخلاصة الوصي لايقرض مال اليتيم فلو اقرض مع هذا لايكون بهذا خائنا حتى لايستحق العزل هكذا في القهستاني ويجوز للاب الاقتراض اي اخذ مال الصغير قرضا لنفسه لا للوصي لان الاب يملك شراء مال الصغير بمثل قيمته ولا كذلك الوصي وكذلك الاب له ان ياخذ من مال الصغير عند حاجته ولا كذلك الوصي كذا في الاختيار قال قاضيخان ولو رهن الوصي او الاب مال اليتيم بدين نفسه لايجوز في القياس ويجوز استحسانا وعن ابي يوسف انه اخذ بالقياس فلو قضى الوصي دين نفسه بمال اليتيم لايجوز ولو فعل الاب ذلك جاز لان الوصي لايملك ان يشتري مال اليتيم لنفسه بمثل القيمة والاب يملك والرهن بمنزلة القضاء ولو قضى الاب دين نفسه بمال اليتيم جاز ولايجوز ذلك للوصي وكذلك الرهن وذكر في الجامع الصغير اذا رهن الاب مال ولده الصغير بدين نفسه وقيمة الرهن اكثر من الدين فهلك الرهن عند المرتهن كان على الاب مقدار الدين لا قيمة الرهن وذكر شمس الائمة السرخسي ان الاب والوصي يضمنان مالية الرهن وسوى بين الاب والوصي وعن ابي يوسف ليس للوالد والوصي ان يقضيا دينهما بمال الصغير ولايكون لهما ان يرهنا وعن بشر بن الوليد ليس للاب ان يرهن مال ولده بدين نفسه والظاهر ان للاب ان يرهن استحسانا وكذلك الوصي وفي القياس ليس لهما ذلك وعند هلاك الرهن يضمن كل واحد منهما قيمة الرهن انتهى كلام قاضيخان ولايتجر الوصي بمال الصغير لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة كذا في الهداية والزيلعي هذا اذا كانت التجارة للوصي فاما اذا كانت لليتيم فيجوز قال قاضيخان ويتجر بمال اليتيم لليتيم ثم قال بعد ورقتين ولايجوز للوصي ان يتجر بمال اليتيم او الميت فان فعل وربح يضمن راس المال ويتصدق بالربح في قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يسلم له الربح ولايتصدق بشيء من الربح وليس للوصي ان يواجر نفسه من اليتيم لان تصرف الوصي مع اليتيم انما يجوز بشرط النظر والخيرية ولا نظر لليتيم في هذا لان مايستحقه اليتيم على الوصي منفعته ومايجب للوصي بحكم الاجارة عين والعين خير من الدين وكذا لو آجر الوصي شيئا من متاعه من عمل من اعمال اليتيم لايجوز ولو ان الوصي استاجر اليتيم ليعمل للوصي جاز في قول ابي حنيفة لان مايجب للوصي على اليتيم منفعته ومايجب للصبي عليه عين وهو الاجر فرقوا بين الوصي وبين الاب اذا آجر نفسه من ولده الصغير او استاجر الصغير لنفسه ذكر القدوري انه يجوز وبه اخذ الشيخ الامام ابوبكر محمد بن الفضل وذكر القاضي الامام علي السغدي اذا آجر الاب او الوصي نفسه من اليتيم جاز بالاتفاق والصحيح ماذكره القدوري الكل من قاضيخان ويجوز بيعه اي بيع الوصي على الكبير الغائب غير العقار لان الاب يلي ماسوى العقار ولايليه فكذا وصيه لانه يقوم مقامه وكان القياس ان لايملكه الوصي غير العقار ايضا لانه لايملكه على الكبير الحاضر الا انه لما كان فيه حفظ ماله جاز استحسانا فيما يتسارع اليه الفساد لان حفظ ثمنه ايسر وهو يملك الحفظ فكذا وصيه واما العقار محفوظ بنفسه فلا حاجة فيه الى [illegible] البيع قيد بالكبير لان الورثة اذا كانوا صغارا جاز للوصي ان يبيع من تركة الميت العروض كالضياع والعقار على جواب السلف سواء كانوا حاضرين او غيبا وقال المتاخرون من اصحابنا لايجوز للوصي بيع عقار الصغير الا ان يكون على الميت دين لا وفاء له الا من ثمن العقار او يرغب المشتري في شرائه بضعف القيمة وان لم يكن دين او يكون للصغير حاجة الى ثمنها لنفقته او يكون في التركة وصية مرسلة اي مطلقة بان يقول مثلا ثلث مالي وصية يحتاج في تنفيذها الى ثمنها او يكون بيع العقار خيرا لليتيم بان كان خراجها ومؤنتها يربوا على غلتها او يكون العقار حانوتا او دارا يريد ان ينتقض ويتداعى الى الخراب وقيد بالغائب لانهم اذا كانوا

وذكر في فتاوى بعض المشايخ الاب والوصي اذا باع مال الصغير من نفسه [illegible]

[illegible]

مصطفى

[illegible]

مصطفى

كانت الحاجة لا تندفع بما سوى العقار في بيع العقار بمثل القيمة او بغبن يسير ذكره قاضي خان فان صح

حضوراً ليس للوصي التصرف في التركة اصلاً الا باذنهم لكن يتقاضى ديون الميت ويقبض حقوقه ويدفع الى الورثة الا اذا كان الدين محيطاً والمقدار الدين ان لم يطالم ان كان في التركة دين فباع العقار وعرض بيع الوصي ما سوى العقار فان كان الدين مستغرقاً فله ان يبيع الجميع لانه لا يمكنه قضاء الديون الا بالبيع فكان مأموراً بالبيع من جهة الموصي وان كان غير مستغرق يبيع التركة بقدر الدين وله بيع الزيادة عليه من المنقول بالاتفاق ومن العقار ايضاً عند ابي حنيفة خلافاً لهما فالاولى منع بيع الزيادة ثم ان جوازه للحاجة فلا حاجة لا يجوز ولا استحسن ابو حنيفة فقال الولاية ههنا بسبب الوصاية وهي لا تتجزى فمتى ثبت في الباقي ولانه في بيع البعض اضرار التعييب الباقي فكان في بيع الكل توفير المنفعة عليهم وللوصي ولاية ذلك في نصيب الكبير الا يرى انه يملك الحفظ وبيع المنقولات حال غيبته لما فيه من المنفعة فان قلت قد علم حكم المسئلة اذا كانت الورثة كباراً بعبارة الكتاب واذا كانوا صغاراً بالمفهوم فما حكمها اذا كانوا صغاراً وكباراً قلت حكمها ان الكبار ان كانوا اغنيا وخلت التركة عن دين ووصية فللوصي بيع المنقول بالاجماع وبيع حصة الصغار من العقار واما بيع حصة الكبار منه فعلى الخلاف الذي مر وان اشتغلت بدين مستغرق بيع المنقول والعقار جميعاً وبغير مستغرق يبيع بقدر الدين وفي الزيادة الخلاف وان كانوا حضوراً وكانت التركة خالية عن الدين يبيع حصة الصغار بالاجماع وفي بيع حصة الكبار الخلاف وان كانت مشغولة بدين مستغرق بيع الكل وبغير مستغرق بقدره والزيادة على الخلاف كذا في العناية ولو خيف هلاك العقار يملك بيعه لانه تعين حفظاً كالمنقول والاصح انه لا يملكه لانه نادر وقد وصي الاخ او العم او الام في مال تركه ميراثاً للصغير بمنزلة وصي الاب في الكبير الغائب لان الوصي قائم مقام الموصي وكان للموصي ان يتصرف في ماله نفسه فكذا الوصية ان يبيع للحفظ بخلاف مال آخر للصغير غير ما تركه الموصي حيث لا يملك الوصي بيعه لان الوصي قائم مقام الموصي وليس لواحد من هؤلاء التصرف في مال الصغير فكذا الوصي بخلاف الاب والجد ابو الاب حيث يكون له ولاية التصرف في مال الصغير مطلقاً من غير تقييد بما تركه ميراثاً له لانه قائم مقام الموصي وللاب والجد التصرف في جميع ماله فكذا الوصية كذا في الزيلعي وفي الاب احق بمال الصغير من جده وقال الشافعي الجد احق لان الشرع اقامه مقام الاب عند عدمه حتى احرز ميراثه فيتقدم على وصيه ولنا ان الايصاء ينقل ولاية الاب الى الوصي فكانت ولايته قائمة معنى فيتقدم عليه كالاب نفسه وهذا لان اختياره الوصي مع علمه بوجود الجد يدل على ان تصرفه انظر لاولاده من تصرف الجد فان لم يوص الاب فالجد كالاب لانه اقرب الناس اليه واشفقهم عليه حتى ملك الانكاح دون الوصي غير انه اذا اوصى الاب يقدم الوصي عليه في التصرف في المال لما بينا من انتقال ولاية الاب اليه وان لم يوص يبقى على حاله فروع وصي الميت اذا باع التركة لقضاء الدين والدين غير محيط جاز بيعه عند ابي حنيفة ولا يجوز عندهما وان لم يكن في التركة دين ولكن في الورثة صغير فباع العقار كل التركة نفذ بيعه في قول ابي حنيفة فرق ابو حنيفة بين الوصي والاب الميت فقال الوصي الميت ان يبيع التركة لقضاء الدين وتنفيذ الوصية واما اب الميت وهو جد الاولاد الصغار له ان يبيع التركة لقضاء الدين على الاولاد الصغار لولده وليس له ان يبيع التركة على الاولاد الصغار لولده لاجل قضاء الدين على الميت قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني هذه فائدة فقط تحفظ من الخصاف واما محمد فقد اقام الجد مقام الاب قال في الكتاب اذا مات الرجل وترك وصياً واباً كان الوصي اولى من الاب وان لم يكن له وصي فالاب اولى ثم وثم الى ان قال فوصي الجد ثم وصي القاضي وذكر شمس الائمة الحلواني بقول الخصاف نفتي ذكر شمس الائمة الحلواني في شرح ادب القاضي اذا نصب وصياً لليتيم الذي لا اب له كان وصي القاضي بمنزلة وصي الاب اذا جعله القاضي وصياً عاماً في الانواع كلها وان جعله وصياً في نوع كان وصياً في ذلك النوع خاصة بخلاف وصي الاب فانه لا يقبل التخصيص فاذا اوصى الى رجل في نوع كان وصياً في الانواع كلها

لوطمع

لوطمع السلطان الجائر او المتغلب في مال اليتيم فاخذ الوصي وهدده ليأخذ بعض مال اليتيم قال نصير لا ينبغي للوصي ان يعطي فان اعطى كان ضامناً وقال الفقيه ابو الليث اذا خاف الوصي القتل على نفسه واتلاف عضو من اعضائه او خاف ان يأخذ كل مال اليتيم فدفع اليه شيئاً من مال اليتيم لا يضمن وان خاف على نفسه القيد او الحبس او علم انه يأخذ بعض مال الوصي ويبقى من المال ما يكفيه لا يسعه ان يدفع مال اليتيم فان دفع كان ضامناً وهذا اذا كان الوصي يدفع المال اليه ولو ان السلطان او المتغلب بسط يده فاخذ المال لا يضمن الوصي والفتوى على ما اختاره الفقيه ابو الليث وصي انفق مال اليتيم في تعليم القرآن والادب ان كان الصبي يصلح لذلك جاز ويكون الوصي مأجوراً وان كان الصبي لا يصلح لذلك لا بد للوصي ان يتكلف بمقدار ما يقرأ في صلوته وينبغي للوصي ان يوسع على الصبي في النفقة لا على وجه الاسراف ولا على وجه التضييق وذلك يتفاوت بقلة مال اليتيم وكثرته واختلاف حاله فينظر في حاله وينفق عليه قدر ما يليق به القاضي اذا راى ان ياذن للصغير او لعبده في التجارة فابى الاب او الوصي فاذنهما يكون باطلاً فان حجر الاب او الوصي بعد اذن القاضي لم يصح حجرهما وكذا لو مات هذا القاضي لا يحجر العبد الا ان يرفع الامر الى قاض آخر حتى يحجر عليه فينحجر لان ولاية هذا القاضي فوق ولاية الاول امرأة اوصت بثلث مالها واوصت الى رجل فانفذ الوصي بعض وصيتها وبقي البعض في يد الورثة هل يكون للوصي ان يترك ذلك في ايدي الورثة قالوا ان علم الوصي ديانة الورثة انهم يخرجون الثلث جاز له ان يترك في ايديهم وان علم خلاف ذلك لا يسعه ان يترك في ايديهم ان كان يقدر على استخراج المال منهم رجل اشترى لولده الصغير شيئاً وادى الثمن من مال نفسه يرجع به عليه ذكر في المولد انه ان لم يشهد قبل اداء الثمن انه انما ادى الثمن ليرجع به عليه فانه لا يرجع وفرق بين الوالد والوصي الوصي اذا ادى الثمن من مال نفسه لا يحتاج الى الاشهاد والاب يحتاج لان الغالب من حال الوالدين انهم يقصدون الصلة والتبرع فيحتاج الى الاشهاد وكذا الاب اذا قضى مهر امرأة ابنه لابنه ان لم يشهد لا يرجع فكذا الام اذا كانت وصية لولدها الصغير فهي بمنزلة الاب ان لم يشهد عند اداء الثمن لا ترجع وعن ابي نصر الدبوسي اذا باع وصي القاضي ميراثاً لليتيم وقبض الثمن وصرفه الى حوائج نفسه ثم ان الوصي ينفق على اليتيم ويطعمه مع سائر عياله على قدر الدين الذي لليتيم عليه قالوا هذا كبيرة لا يحل له استهلاك مال اليتيم ولا يسقط عنه الدين بهذا الطعام وعن محمد اذا اخذ الوصي مال اليتيم وانفقه في حاجة نفسه ثم دفع مثل ذلك لليتيم لا يبرأ الا ان يكبر اليتيم فيدفع اليه المال وصي باع ضيعة اليتيم من مفلس يعلم انه لا يقدر على اداء الثمن قال ابو القاسم ان كان البيع بيع رغبة فالقاضي يؤجل المشتري ثلاثة ايام فان ادى الثمن والا نقض البيع قال وينبغي ان لا يجوز بيع الوصي اذا كان يعلم ان المشتري لا يقدر على اداء الثمن لان بيع الوصي ممن هذا حاله يكون استهلاكاً الا انه اذا ادى الثمن قبل ان يقضي القاضي ببطلان البيع الان يصح هذا البيع لانه نصب ناظراً خصوصاً للصغار وتمام النظر فيما قلنا رجل مات عن اولاد صغار ولم يوص الى احد فنصب القاضي رجلاً وصياً في التركة فادعى رجل على الميت ديناً او وديعة وادعت المرأة مهرها قالوا اما الدين او الوديعة فلا يقضي الا بعد ثبوتهما بالبينة اما المهر ان كان النكاح معروفاً كان القول للمرأة الى مهر مثلها يدفع ذلك اليها وقال الفقيه ابو الليث ان كان ذلك قبل تسليم المرأة نفسها فكذلك وان كان ذلك بعد ما سلمت نفسها الى الزوج يمنع عنها مقدار ما جرت العادة بتعجيله قبل تسليم النفس لان الظاهر انها لا تسلم نفسها الا بعد استيفاء المعجل فيكون القول قول الورثة في تعجيل ذلك المقدار ويكون القول قول المرأة فيما زاد على المعجل الى تمام مهر مثلها قال رحمه وفي هذا النوع نظر لان كل المهر كان واجباً بالنكاح فلا يقضي بسقوط شيء منه بحكم الظاهر لان الظاهر لا يصلح حجة لابطال ما كان ثابتاً لكن

ينبغي للقاضي ان يحلف المرأة بالله ما قبضت منه شيئا فاذا حلف يدفع اليها جميع المهر وهذا كما قال اصحابنا ان الرجل
اذا ادعى دينا على الميت واثبته بالبينة فان القاضي يحلفه ما استوفيت منه شيئا ولا ابرأته يحلف على هذا الوجه نظرا
للميت والوارث الصغير وكل من يعجز عن النظر بنفسه لنفسه الكل من قاضي خان **فصل** لما لم تكن الشهادة في
الوصية امرا مختصا بالوصية اخر ذكرها لعدم عراقتها فيها شهد الوصيان ان الميت اوصى الى زيد معهما لا تقبل
شهادتهما لانهما متهمان فيها لاثباتهما معينا لانفسهما فترد للتهمة واذا ردت ضم القاضي اليهما ثالثا لان في ضمن
شهادتهما اقرارا منهما بوصي آخر معهما للميت واقرارهما حجة على انفسهما فلا يتمكنان من التصرف بعد ذلك بدونه
فصار في حقهما بمنزلة ما لو مات احد الاوصياء الثلاث وجاز ذلك للقاضي مع وجود الوصي لامتناع تصرفهما بدونه
فصار كانه مات ولم يوص فيضم اليهما ثالثا لتمكينهم التصرف الا ان يدعيه زيد اي يدعي زيد انه وصي معهما فتقبل
شهادتهما استحسانا والقياس ان لا تقبل كالاول لما بينا من التهمة وجه الاستحسان انه يجب على القاضي ان يضم اليهما
ثالثا على ما بينا آنفا فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عن القاضي فيكون وصيا معهما بنصب القاضي اياه كما اذا
مات ولم يترك وصيا فانه ينصب وصيا ابتداء فهذا اولى وكذا لو شهد ابنا الميت يعني لو شهد الابنان ان
اباهما اوصى الى رجل وهو ينكر لا تقبل شهادتهما لانهما يجران نفعا الى انفسهما بنصب حافظ للتركة فكانا
متهمين قال شريح رحمه الله لا اقبل شهادة خصم ولا مريب اي متهم فان ادعى المشهود له الوصاية تقبل استحسانا على انه نصب
وصيا ابتداء كما ذكرنا في شهادة الوصيين بذلك بخلاف ما اذا شهدا ان اباهما وكل هذا الرجل بقبض ديونه بالكوفة
حيث لا تقبل سواء ادعى الرجل الوكالة او لم يدع لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الحي بطلبهما ذلك بخلاف الوصية
ولغت شهادة الوصيين بمال الصغير يعني لو شهد الوصيان لوارث صغير بشيء من مال الميت او غيره فشهادتهما
باطلة لانهما يثبتان ولاية التصرف لانفسهما في ذلك المال المشهود به فصارا متهمين او خصمين وكذا الكبير في مال
الميت يعني لو شهد الوصيان لوارث كبير بمال الميت لا تقبل شهادتهما ايضا لانهما يثبتان ولاية الحفظ وولاية بيع
المنقول لانفسهما عند غيبة الوارث وصحت شهادة الوصيين له اي للوارث الكبير في غيره اي في غير مال الميت
لانقطاع ولايتهما عنه لان الميت اقامهما مقام نفسه في تركته لا في غيرها بخلاف ما اذا كان الوارث صغيرا والوصي ابا
حيث لا تقبل شهادتهما في الكل لان لوصي الاب التصرف في مال الصغير جميعه فيكونان متهمين فلهذا لم يقيده
بالمال الموروث عنه في حق الصغير وقيده به في الكبير وهذا عند ابي حنيفة وعندهما تصح للكبير في الوجهين اي في مال الميت
وغيره لان ولاية التصرف لا تثبت لهما في مال الميت اذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة بخلاف ما اذا كان
صغيرا والحجة عليهما ما بينا كذا في الزيلعي وشهادة الوصي على الميت جائزة اذ لا تهمة في ذلك لانه لا
يثبت لنفسه ولاية القبض ولو للوصي بعد العزل وان للوصل لم يخاصم قال في شهادات الخانية واما شهادة الوصي
بعدما اخرجه القاضي عن الوصاية وهو قد قبل الوصاية لم تجز شهادته صورته شهد الوصي بحق للميت سواء خاصم ولم يخاصم
بخلاف شهادة الوكيل على ما ذكرنا انتهى ولو شهد الرجلان لآخرين بدين الف على ميت وشهد الآخران لهما بمثله
لهما بالالف لهما اي للشاهدين الاولين بمثله اي بمثل ما شهد به الاولان وهو الالف صحت شهادتهما عند ابي حنيفة
ومحمد خلافا لابي يوسف فابو يوسف يقول لا تقبل في الدين ايضا لان الدين بالموت يتعلق بالتركة لخراب الذمة
ولهذا لو استوفى احدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة ولهما ان الدين
يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع اجنبي بقضاء دين احدهما ليس للآخر حق المشاركة

فيه ولو

فيه ولو شهد كل فريق للآخر بوصية الف درهم لا تقبل لان في هذه الشهادة اثبات الشركة والتهمة ولو شهد احد الفريقين
للآخر بوصية جارية وشهد الفريق الآخر له بوصية عبد صحت بالاتفاق لانه لا شركة فلا تهمة وان شهد الآخر له بوصية
ثلث لا تصح لتمكن التهمة لان كل فريق يوجب لنفسه شركة في المشهود به **فروع** قوم ادعوا دينا على الميت ولا بينة لهم
الا ان الوصي يعلم بالدين قال نصير يبيع الوصي التركة من الغريم ثم يجحد الغريم الثمن فيصير ذلك قصاصا وان كانت التركة
صامتا يودع المال عند الغريم ثم يجحد الغريم الوديعة فيصير قصاصا كذا في قاضي خان اوصى الى رجل بان يضع ثلث ماله
حيث احب فله ان يجعله في نفسه لانه امتثل امر الموصي فيجري على اطلاقه ولو قال اعطه من شئت لا يعطيه نفسه لان الاعطاء
يتحقق باخذ غيره والدفع والاخذ لا يتحقق من الواحد بخلاف الوضع فانه يتحقق عند نفسه كذا في الاختيار **كتاب الخنثى**
لما فرغ من بيان احكام من غلب وجوده ذكر احكام من هو نادر الوجود ذكر في المغرب ان تركيب الخنث يدل على لين
وتكسر ومنه المخنث وتخنث في كلامه اي لان فيه لينا من له ذكر وله فرج اي من له آلة الرجل والمرأة وسمي بالخنثى لانه يتكسر وينقص
حاله من حالة الرجال ويفوق عن حال النساء من حيث كان له آلة الرجل والمرأة قال عمر النسفي او ليس له هذا ولا هذا ويخرج حدثه
من دبره او سرته وذكر في المنتقى قال ابو حنيفة وابو يوسف اذا خرج البول من سرته وليس له قبل ولا دبر لا ادري ما نقول
في هذا كذا في الاختيار وقال الزيلعي ويلحق به من عري عن الآلتين جميعا انتهى وقيل ان الله تعالى لم يخلق خلقا من ذوي الارواح
ليس بذكر ولا انثى والخنثى وان اشكل امره عندنا فهو عند الله غير مشكل معلوم بالذكورة والانوثة فلو حلف بالطلاق
انه لم يلق ذكرا ولا انثى وقد لقي خنثى مشكلا كان حانثا لانه في الحقيقة اما ذكر او انثى وان كان مشكلا عندنا كذا في الكافي
فان بال من احدهما اعتبر به يعني ان بال من ذكره فهو غلام وان بال من فرجه فانثى لان ذلك دليل ان الآلة التي يخرج
منها البول هي الاصل والآلة الاخرى زيادة خرقا في البدن وعيب وسئل النبي عليه السلام عنه كيف يورث فقال
من حيث يبول وعن علي رضي الله عنه مثله وروي ان عامر العدواني كان قاضيا من العرب في الجاهلية رفع اليه هذه الحادثة فقال
هو رجل وامرأة فاستبعد قومه ذلك فتحير ودخل بيته للاستراحة فجعل يتقلب على فراشه ولا يأخذه النوم لتفكره وكان
له جارية صغيرة تغمز رجليه فسألته عن تفكره فاخبرها بذلك فقالت دع المحال واتبع المبال فخرج الى قومه فحكم لهم بذلك
المقال فاستحسنوه فعرف بذلك ان هذا الحكم كان في الجاهلية فاقره الشرع كذا في الزيلعي والقهستاني فان بال منهما
اعتبر الاسبق لانه دال على انه هو العضو الاصلي وان استويا في السبق بان بال منهما معا فهو مشكل لعدم المرجح ولا اعتبار
بالكثرة عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما فعندهما ينسب الى اكثرهما بولا لان للاكثر حكم الكل وله ان كثرة ما يخرج ليس يدل
على القوة بل ذلك لاتساع المخرج ولا دلالة فيه على الاصالة ولان نفس الخروج دليل بنفسه والكثرة من جنسه لا يقع به الترجيح
عند المعارضة كالشاهدين والاربعة وقد استقبح ابو حنيفة اعتبار ذلك فقال وهل رأيت قاضيا يكيل البول بالاواقي
فاذا بلغ فان ظهر له بعض علامات الرجال من نبات لحيته او قدرة على الجماع او احتلام من الذكر لقوله كالرجل فرجل لان هذه
علامة تخص الرجال وان ظهر بعض علامات النساء من حيض وحبل وانكسار ثدي ونزول لبن فيه وتمكين من الوطئ
في الفرج فامرأة لان هذه علامة تخص النساء وان لم يظهر شيء من هذه الامارات او تعارضت فمشكل لعدم ما يوجب
الترجيح وعن الحسن انه يعد اضلاعه فان ضلع الرجل يزيد على ضلع المرأة بواحد ذكره الزيلعي قال الطحاوي قال محمد
الاشكال قبل البلوغ فاذا بلغ فلا اشكال قال عمر النسفي وليس يخلو اذا بلغ من بعض هذه العلائم كذا في الاختيار
ثم اشار الى احكامه بقوله فاذا ثبت الاشكال اخذ فيه بالاحوط والاوثق من امور الدين فلا يحكم بما وقع
الشك في ثبوته ويرجح المحرم على المبيح فيصلي الصلوة بقناع لاحتمال انه امرأة ويقف بين صفي الرجال والنساء احتياطا

ولو وقف في صفهم اي في صف الرجال يعيد من لاصقه من جانبيه اي من في يمينه ومن في يساره ومن بحذائه
من خلفه لاحتمال انه امرأة وان وقف في صفهن اي في صف النساء اعاد هو اي الخنثى لاحتمال انه يكون ذكرا
فان كان بالغا يعيد صلوته حتما وان كان مراهقا يستحب له ان يعيد تخلقا واعتيادا ويجلس في صلوته جلوس المرأة
لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها بجلوسها جلوس الرجال
فلا يلبس حريرا ولا حليا لاحتمال انه رجل ويلبس المخيط في احرامه وان احرم وقد راهق قال ابو يوسف لا علم لي في
لباسه لاشتباه حاله او عدم الحرج فانه اذا كان ذكرا يكره له لبس المخيط وان كان انثى يكره له تركه وقال محمد يلبس
لباس المرأة لان ترك لبس المخيط وهي امرأة افحش من لبسه وهو رجل ولا شيء عليه لانه لم يبلغ ولا يكشف عند رجل
ولا عند امرأة يعني اذا كان مراهقا والمراد بالكشف ان يكون في ازار واحد لا ابداء موضع العورة لان ذلك
لا يحل لغير الخنثى ايضا ولا يخلو به غير محرم من رجل يعني ويكره ان يخلو به غير محرم منه من رجل او امرأة لقوله عليه السلام
الا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم يكن محرما ولا يسافر بلا محرم من الرجال
توقيا عن احتمال المحرم وكذا لا يسافر بامرأة ولو من محارمه لاحتمال انه امرأة فيكون سفر امرأتين بلا محرم كل ذلك
احترازا عن ارتكاب المحرم ولا يختنه رجل لاحتمال انه انثى وان قلت لما لا يجوز ان يختنه رجل فانه موضع الضرورة قلت
لا نسلم الضرورة فان الختان عندنا سنة ولا امرأة لاحتمال انه ذكر بل تبتاع له امة تختنه من ماله ان كان له مال لانه
لا يحرم النظر اليه على تقدير ان يكون ذكرا او على تقدير ان يكون انثى نظر الجنس اخف منه الى خلاف الجنس والا فمن بيت المال
اي وان لم يكن له مال فتبتاع له امة من بيت المال لان مال بيت المال اعد لنوائب المسلمين فيدخل في ملكه بقدر
الحاجة وهي حاجة الختان ثم اذا ختنته تباع الامة ويرد ثمنها الى بيت المال لوقوع الاستغناء ولو زوج امرأة تختنه
ثم طلقها جاز لانه ان كان ذكرا صح النكاح فيكون نظر المنكوحة الى زوجها وان كان انثى فنظر الجنس اخف والنكاح
لغو ثم يفرق بينهما لاحتمال انه انثى فلا نكاح بينهما ويطلق لاحتمال انه ذكر فيصح النكاح بينهما فتحصل الفرقة ثم تعتد
ان خلا بها احتياطا ذكره الزيلعي وان كان صغيرا لا يشتهى جاز ختانه للرجل والمرأة ذكره في الاختيار وان مات
الخنثى قبل ظهور حاله لا يغسل اي لا يغسله رجل ولا امرأة لان حل غسل الرجل المرأة وعكسه غير ثابت في الشرع
فان النظر الى العورة حرام والحرمة لم تنكشف بالموت فيبقى لاحتمال الحرمة بل ييمم باليد الملفوفة ثم المفتوحة
اي يجعل ذا تيمم والمراهق كالبالغ في وجوب ستر عورته فاذا كان مشكلا لم يعرف له جنس يتعذر غسله لعدم ما
يغسل به فييمم بالصعيد وهو نظير امرأة ماتت بين رجال او عكسه فانه ييمم بالصعيد مع الخرقة ان تيمم الاجنبي
وبغيرها ان كان ذا رحم محرم منه وينظر المتيمم الى وجهه ويعرض وجهه عن ذراعيه لجواز ان يكون امرأة ولا يشترى له جارية
للغسل كما كان يفعل للختان لانه بعد الموت لا يقبل المالكية فالشراء غير مفيد بخلاف الشراء للختان فانه في حال الحيوة وله
اهلية المالكية فيها ويكفن في خمسة اثواب كما تكفن المرأة احتياطا لانه ان كان انثى فقد اقيمت سنة وان كان ذكرا
فقد زادوا على الثلاث فلا بأس بذلك وذلك لان عدد الكفن معتبر بعدد الثياب في حال الحيوة فالزيادة على الثلاثة في الكفن
للرجل غير ضارة كما في حال الحيوة فان للرجل ان يلبس حال حيوته ازيد على الثلاثة واما اذا كان انثى كان في الاقتصار
ترك السنة كذا في العناية ولا يحضر الخنثى بعد ما راهق بان تبلغ اثنا عشر سنة غسل رجل لاحتمال انه انثى ولا
غسل المرأة لاحتمال انه ذكر وندب تسجية اي ستر قبره لانه ان كان انثى اقيم واجب وان كان انثى لا يضره
التسجية وان مات الخنثى واريد ان يصلى عليه وعلى رجل وامرأة يوضع الرجل مما يلي الامام لانه ذكر بيقين فهو افضل

ثم يوضع

ثم يوضع هو اي الخنثى فتأخيره عن الرجل لاحتمال انه انثى وتقديمه على المرأة لاحتمال انه ذكر ثم المرأة لتبعد عن النظر هذا ان
صلى عليهم جملة اعتبارا بحال الحيوة والاصل في ذلك قوله عليه السلام ليليني منكم اولوا الاحلام والنهى ولكن الافضل عند اجتماع
الجنازة ان يصلى على كل منفرد الا انه البعد عن الخلاف كما في المنية ذكره القهستاني وان دفن مع الرجل في قبر واحد لعذر
جعل خلف الرجل لاحتمال انه امرأة ويجعل بينهما حاجز من صعيد ليكونا كالقبرين وكذا في الرجلين اذا دفنا في قبر واحد وان
دفن مع امرأة قدم الخنثى لاحتمال انه رجل وان جعل على السرير نعش المرأة فهو احب لاحتمال انه عورة وله اي للخنثى اقل
النصيبين من الميراث عند الامام يعني لو مات مورثه كان له الاقل من نصيب الذكر ومن نصيب الانثى فانه ينظر نصيبه
على انه ذكر وعلى انه انثى فيعطى الاقل منهما وان كان محروما على احد التقديرين فلا شيء له حتى لو اخوان لاب وام احدهما خنثى
مشكل كان المال بينهما اثلاثا للاخ الثلثان وللخنثى الثلث فيقدر انثى لانه لو قدر ذكرا كان له النصف ولو تركت
امرأة زوجا واما واختا لاب وام هي انثى كان للزوج النصف وللام الثلث وللخنثى ما بقي وهو السدس على انه عصبة
لانه اقل ولو قدر انثى كان النصف له وكانت المسئلة تعول الى ثمانية ولو تركت زوجا واما واخوين من ام واخا لاب
وام وهو خنثى كان للزوج النصف وللام السدس وللاخوين لام الثلث ولا شيء للانثى لانه عصبة ولم يفضل له شيء
ولو قدر انثى كان له النصف وعالت المسئلة الى التسعة ولو ترك الرجل ولد الاخ هو خنثى وعما لاب وام او لاب
كان المال للعم ويقدر الخنثى انثى لان بنت الاخ لا ترث ولو قدر ذكرا كان المال له دون العم لان ابن الاخ مقدم
على العم وقال الشعبي للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وعن ابن عباس مثله كذا في الزيلعي فلو مات ابو
اي اب الخنثى عنه اي عن الخنثى وعن ابن فللابن سهمان وله اي للخنثى سهم واحد لانه الاقل وهو متيقن
فيستحقه وعند الشعبي له نصف النصيبين اي له نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهو قول ابن ابي ليلى
والثوري وهو مذهب ابن عباس فهو ثلاثة من سبعة عند ابي يوسف وخمسة من اثني عشر عند محمد اختلف ابو يوسف
ومحمد في تخريج قول الشعبي فقال ابو يوسف المال بينهما على سبعة اسهم اربعة للذكر وثلاثة للخنثى اعتبر نصيب كل واحد
منهما حالة انفراده فان الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى يستحق ثلاثة الارباع لان الخنثى في حال ابن
وفي حال بنت وللبنت في الميراث نصف الابن فيجعل له نصف كل حال فيكون له نصف الكل ونصف النصف
وذلك ثلاثة ارباع المال وللابن كل المال فيضرب كل واحد منهما بجميع حقه اعتبارا بطريق العول والمضاربة وقال
محمد ان الخنثى لو كان ذكرا كان المال بينهما نصفين وان كان انثى كان اثلاثا فاحتجنا الى حساب له نصف وثلث
صحيح واقل ذلك ستة ففي حال المال بينهما نصفان فكل واحد ثلاثة اسهم وفي حال اثلاثا سهمان للخنثى واربعة للابن
فسهمان للخنثى ثابتان بيقين والسهم الزائد وقع فيه الشك فينصف فيكون له سهمان ونصف سهم ولزم
الكسر بالنصف فيضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة ثم اعلم ان الكل متفقون
على تقليل نصيبه لكن ما ذهب اليه محمد اقل مما ذهب اليه ابو يوسف بسهم من اربعة وثمانين سهما وطريق معرفته
ان يضرب السبعة في اثني عشر حيث لا موافقة بينهما يبلغ المجموع اربعة وثمانين ثم اضرب حصة من كان له شيء
من السبعة في اثني عشر وحصة الخنثى منه ثلاثة فاضربه في اثني عشر يبلغ ستة وثلاثين واضرب حصة من كان
له شيء من اثني عشر في السبعة وللخنثى منه خمسة فاضربه في سبعة يكون خمسة وثلاثين فظهر ان التفاوت سهم
من اربعة وثمانين كذا افاده الامام حميد الدين ولابي حنيفة ان الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتداء لانه لا بد من بيان
سبب استحقاقه بالذكورة والانوثة ولا شيء منهما بمعلوم واثبات المال ابتداء بدون سبب محقق غير مشروع

فلابد من البناء على المتيقن وهو الاقل وهو ميراث الانثى متيقن فاوجبناه كما اذا كان اثباته بطريق آخر فانه يؤخذ بالمتيقن
دون المشكوك الى ان يقوم الدليل على الزايد فان من قال لفلان على دراهم يحكم بالثلاثة حتى يقوم الدليل على الزايد لكون
الاول متيقنا به دون الزيادة ثم اذا اوجبنا للخنثى ميراث الانثى للتيقن ما جاوزنا عنه الى نصيب الذكر لان المال ابتداء
لايجب بالشك الا ان نصيبه الاقل ان قدرناه ذكرا فح يعطى نصيب الابن فى تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو ان يكون
الورثة زوجا واما واختا لاب وام هى خنثى فان قدرنا الخنثى انثى كان للزوج النصف وللام الثلث وللخنثى النصف
والمسئلة من ستة وتعول الى ثمانية وان قدرناه ذكرا كان له الباقى بعد نصف الزوج وثلث الام وهو السدس وهو
الاقل فقدرناه ذكرا وكذا اذا تركت امرأة واخوين لام واختا لاب وام هى خنثى للمرأة الربع ولبنى الاخياف الثلث فان
قدرنا الخنثى انثى ترث النصف تكون المسئلة من اثنى عشر وتعول الى ثلاثة عشر ولها ستة من ثلاثة عشر وان قدرناه
ذكرا كان له خمسة من اثنى عشر وهو اقل فقدرناه ذكرا ولو ماتت وتركت زوجا واختا لاب وام وخنثى لاب كان
للزوج النصف وللاخت لاب وام النصف ولا شئ للخنثى وهذا معنى قول العلماء فى تفسير قوله اقل النصيبين
اسوء الحالين وهذا مذهب عامة الصحابة رضهم كذا فى الحماية وفى الفرايض السراجية ان ما ذكرنا قول ابى حنيفة
واصحابه وعليه الفتوى ولما كان الشعبى من اساتذة ابى حنيفة وله فى هذا الباب قول جمع فسر ابو يوسف بتفسير
احدهما اقرب الى الصواب وهو مختاره والثانى ما اخذ به محمد كما فى المضمرات وغيره كذا فى القهستانى ولو حلف بطلاق
او عتاق وقال ان كان اول ما تلدينه غلاما فولدت خنثى لم يقع شئ حتى يستبين امره لان الحنث لم يثبت بالشك
ولو قال سيده اى سيد الخنثى كل عبد لى حر او كل امة لى حرة وله مملوك خنثى لا يعتق ما لم يستبين امره لما قلنا ولو
جمع بين القولين بان قال كل عبد لى حر وكل امة لى حرة عتق كل مملوك له للتيقن باحد الوصفين اذ كل واحد ليس
بخال عن احد الوصفين الحالين فى الواقع ولو قال الخنثى بعد اشكاله انا ذكر او قال انا انثى لا يقبل قوله لانه دعوى
تخالف مقتضى الدليل لانه يقتضى بقاء الاشكال وهو لا يعلم فى ذلك من نفسه خلاف ما يعلم له غيره وذكر فى النهاية نقلا
عن الذخيرة ان قال الخنثى المشكل انا ذكر او انثى كان القول قوله لان الانسان امين فى حق نفسه والقول قول الامين
ما لم يعرف خلاف ما قال الا ترى ان المعتدة اذا قالت انقضت عدتى وانكرها الزوج كان القول قولها ما لم يعرف خلاف
قولها بان قالت فى مدة لا تنقضى فى مثلها العدة والاول ذكره فى الهداية كذا فى الزيلعى ولو قال ذلك قبله اى قبل الاشكال
يقبل قال فى الهداية وان لم يكن مشكلا ينبغى ان يقبل قوله لانه اعلم بحاله من غيره انتهى وانما قال بلفظ ينبغى لان حكمه
غير مذكور فلم يتيقن به كذا فى العناية واذا اخبر الخنثى بحيض او منى او ميل الرجال او النساء يقبل قوله ولا يقبل رجوعه
بعد ذلك الا ان يظهر كذبه يقينا مثل ان يخبر بانه رجل ثم تلد فانه ترك العمل بالقول السابق كذا فى شرح السيد
على الفرايض السراجية ومن احكام الخنثى انه لو قبله رجل بشهوة لم يزوج امه الا اذا تبين انه ذكر لاحتمال انه انثى
فيثبت حرمة المصاهرة وكذا اذا قبلته امرأة لا يتزوج بابنته لما ذكرنا وان زوجه ابوه او مولاه امرأة او رجلا لا يحكم
بصحته حتى يتبين حاله انه رجل او امرأة فاذا ظهر انه خلاف ما زوج به تبين ان العقد كان صحيحا والا فباطل لعدم
مصادفته المحل وكذا اذا زوج الخنثى من خنثى آخر لا يحكم بصحة النكاح حتى يظهر ان احدهما ذكر والآخر انثى وان ظهر
انهما ذكران او انثيان بطل النكاح ولا يتوارثون اذا ماتا قبل التبين لان الارث لا يجرى الا بعد الحكم بصحة
النكاح ولا حد على قاذفه لانه بمنزلة المجبوب والرتقاء اذا قذفا لانه ان كان رجلا فهو كالمجبوب اذ لا يمكنه ان يجامع وان
كان امرأة فهو كالرتقاء لانه لا يجامع واذا قطعت يده او قطع هو يد رجل او امرأة فلا يجب فيهما القصاص اذ هو لا يجرى

في الاطراف

فى الاطراف بين الرجل والمرأة فلا يجب بالشك وكذا اذا قطع هو يد عبد او قطعه عبد او كان هو رقيقا فقطعت يده حر لان القصاص بين الحر والعبد لا يجرى
العبدين بخلاف ما اذا قتل او قتل هو بعد البلوغ حيث يجب القصاص لانه لا يمتنع بالرق ولا بالانوثة وفى الشهادة يجعل انثى لانه المتيقن به كذا فى الزيلعى
ولو اوصى لحمل فلانة بالف ان كان ذكرا او بخمسمائة ان كان انثى فولدت خنثى فله خمسمائة احتياطا الا ان
يتبين غير ذلك وان تقرر قاتل خطاء وقال انه انثى فالقول قوله لانكاره الزيادة ولو ادعى لا يقبل ولا يدخل فى القسامة
ولا يقدر عليه الجزية لو كان كافرا واذا اسر لا يقتل لاحتمال انه انثى كذا فى الاختيار مسائل شتى قد ذكرنا قبل هذا ان ذكر مسائل
شتى او مسائل منثورة او مسائل متفرقة من داب المصنفين ليتدارك ما لم يذكر فيما كان يحق ذكره فيه لكتاب
الاخرس اى كتابة الاخرس الاصلى وايماؤه اى اشارته بالرأس او الحاجب او العين او اليد بما يعرف به اقراره
بنحو تزوج وطلاق وبيع وشراء ووصية وقود عليه وله كالبيان ولا يحد بقذف ولا غيره يعنى لا يكون كتابة الاخرس
واشارته كالبيان فى الحدود لانها تندرئ بالشبهات لكونها حق الله تعالى فلا حاجة الى اثباتها ولعله كان مصدقا للقاذف
ان قاذف هو فلا يتيقن بطلبه الحد وان كان هو القاذف فقذفه ليس بصريح والحد لا يجب الا بالقذف الصريح الزنا وفى القصاص
اعتبر طلبه لانه حق العبد وحق العبد لا يختص بلفظ دون لفظ فانه كما يثبت بالعربى يثبت بغيره وقد يثبت بدون اللفظ
كالتعاطى وهذا لان الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة الا ترى ان الشهود لو شهدوا انه وطئ الحرام او اقر هو بوطئ
الحرام لا يجب الحد عليه ولو شهدوا بالقتل المطلق او اقر بمطلق القتل يجب القصاص وان لم يوجد لفظ التعمد وهذا
لان القصاص فيه معنى المعاوضة لانه شرع جابرا فجاز ان يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التى هى حق العبد
اما الحدود الخالصة لله تعالى شرعت زاجرة وليس فيها معنى البدلية اصلا فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة ومعتقل
اللسان بضم الميم وفتح القاف يقال اعتقل لسانه بضم التاء اذا احتبس عن الكلام ولم يقدر عليه ان امتد ذلك قدر
التمرتاشى الامتداد بسنة وذكر الحاكم ابو محمد رواية عن ابى حنيفة فقال ان دامت العقلة الى وقت الموت يجوز
اقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه لانه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله فكان كالاخرس قالوا وعليه الفتوى
ذكره الامام المحبوبى كذا فى شروح الهداية والزيلعى وعلمت اشارته اى ما يريده من العقود والتبرعات ثم معتقل
اللسان على نوعين احدهما ما يكون ذلك منه دلالة الانكار مثل ان يحرك راسه عرضا والثانى ما يكون ذلك منه دلالة
الاقرار بان يحرك راسه طولا اذا كان ذلك منه معهودا فى نعم فهو كالاخرس والا اى وان لم يمتد ولم يعلم فلا يكون
كالاخرس وقال الشافعى يجوز كتابته وايماؤه فى الوجهين لان المجوز انما هو العجز وهو شامل للفصلين ولا فرق
بين الاصلى والعارضى كالوحشى والمتوحش من الاهلى فى حق الزكوة والفرق لاصحابنا ان الاشارة انما تقوم مقام
العبارة اذا صارت معهودة معلومة وذلك فى الاخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارات
معلومة كان بمنزلة الاخرس ولان التفريط جاء من قبله حيث اخر الوصية الى هذا الوقت بخلاف الاخرس لانه لا تفريط
من جهته ولان العارض على شرف الزوال دون الاصل فلا يقاس احدهما على الآخر واذا كان ايماء الاخرس وكتابته
كالبيان وهو النطق باللسان تلزمه الاحكام بالاشارة والكتابة حتى يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه الى
غير ذلك من الاحكام لان الاشارة تكون بيانا من القادر فما ظنك بالعاجز الا ترى انه عليه السلام كان افصح العرب
ومع هذا انباء بالاشارة بقوله عليه السلام الشهر هكذا الحديث والكتابة ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنى
الا ترى انه عليه السلام بلغ الرسالة الى الغيب بالكتابة فيكون ذلك حجة عليهم كما بلغهم بالعبارة فاذا كان الكتاب
كالخطاب عند العجز ففى حق الاخرس اولى لان عجزه اظهر والزم عادة والكتابة من الغائب ليست بحجة قال

قال في الهداية وذكر في كتاب الاقرار ان الكتاب من الغايب ليس بحجة في قصاص يجب عليه ويحتمل ان يكون الجواب ههنا اي في الاخرس كذلك فيكون في الغايب والاخرس روايتان ويحتمل ان يكون مفارقا لذلك لان الغايب يمكنه الوصول الى نطق الغايب في الجملة لقيام اهلية النطق ولا كذلك الاخرس لتعذر الوصول الى النطق في حقه للآفة المانعة ودلت المسئلة على ان الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة بخلاف ما توهمه بعض اصحابنا ان الاشارة لا تعتبر مع القدرة على الكتابة لان الاشارة حجة ضرورية ولا ضرورة مع القدرة على الكتابة فلنا كل واحد منهما حجة ضرورية ففي الكتابة زيادة بيان لم توجد في الاشارة لان قصد البيان في الكتابة معلوم حسا وعيانا وفي الاشارة زيادة امر لم توجد في الكتابة لان الاصل في البيان هو الكلام لانه وضع له والاشارة اقرب اليه لان العلم الحاصل بها حاصل بما هو متصل بالمتكلم وهو اشارته بيده او براسه فصارت اقرب الى النطق من آثار الاقلام فاستويا ولا يقدم على الآخر بل يخير وقالوا فيمن صمت يوما او يومين الحكم كالمعتقل لسانه حتى لا يجوز بالايماء والكتابة اقراره لان آلة النطق قايمة وقيل هذا التفسير لمعتقل اللسان ثم المتاخرون فصلوا وقالوا الكتابة على ثلاثة مراتب اما مستبين احتراز عن غير المستبين وهو الكتابة على الهواء مرسوم وهو ان يكون معنونا اي مصدرا بالعنوان وهو ان يكتب في صدره من فلان الى فلان على ما جرت به العادة في تسيير الكتاب وهو كالنطق في الغايب والحاضر فيلزم حجة واما مستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار وورق الشجر او على الكاغد لا على وجه الرسم وينوي فيه اي يطلب منه النية فيه لانه بمنزلة الكتابة القولية كقوله انت باين واما مثاله فلا يكون حجة تلك الكتابة لعدم جريان العرف في اظهار الامر بهذا الطريق الا بانضمام شيء آخر اليه كالنية والاشهاد عليه والاملاء على الغير حتى يكتبه وقيل الاملاء من غير اشهاد لا يكون حجة والاول اظهر واما غير مستبين كالكتابة على الهواء والماء وهو بمنزلة غير مسموع فلا يثبت به شيء من الاحكام وان نوى واذا اختلطت الذكية بميتة هي اقل منها اي من الذكية يتحرى واكل وطولب بالفرق بين هذا وبين الثياب فان المسافر اذا كان معه ثوبان احدهما نجس والآخر طاهر ولا تميز بينهما وليس معه ثوب آخر غيرهما فانه يتحرى ويصلي في الذي وقع تحريه انه طاهر فقد جوز التحري هناك فيما اذا كان في نصفين وفيما نحن فيه لم يجوز فاجيب بان وجه الفرق هو ان حكم الثياب اخف من غيرها لان الثياب لو كانت كلها نجسة كان له ان يصلي في بعضها ثم لا يعيد صلوته لانه مضطر الى الصلوة فيها بخلاف ما نحن فيه من الغنم ويؤيده ان الرجل اذا لم يكن معه الا ثوب نجس فان كان ثلاثة ارباعه نجسا وربعه طاهرا يصلي فيه ولا يصلي عريانا بالاجماع فلما جازت صلوته فيه وهو نجس بتعين فلان يجوز بالتحري حالة الاشتباه اولى والا اي وان لم تكن الميتة اقل بان كانت متساوية او اكثر فلا توكل حالة الاختيار اي بطلب التحري وهو المطلوب وهذا اذا لم تكن هناك علامة يعلم بها المذبوحة من الميتة والا فلا يتحرى وعليه ان ياخذ بالعلامة كما في الكرماني كذا في القهستاني ثم يتحرى عند الاضطرار لان الميتة المتيقنة تحل في حالة الضرورة فالذي يحتمل ان يكون ذكية اولى غير انه يتحرى لانه طريق يوصله الى الذكية في الجملة فلا يتركه من غير ضرورة وقال الشافعي لا يجوز الاكل في حالة الاختيار بالتحري وان كانت المذبوحة اكثر لان التحري دليل ضروري فلا يصار اليه من غير ضرورة ولا ضرورة لان الكلام في حالة الاختيار ولنا ان الغلبة تنزل منزلة الضرورة في افادة الاباحة الا ترى ان اسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم من مسروق او مغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الظاهر وهذا لان القليل منه لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع عنه فيسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة في البدن والثوب وقليل الانكشاف بخلاف ما اذا كانتا نصفين او كانت الميتة اغلب لانه لا ضرورة اليه لعلة لامكان الاحتراز كذا في الهداية والدرر واذا احرق راس الشاة الملطخ بالدم وزال الدم فاتخذ منه مرقة جاز فالحرق كالغسل لان النار تاكل ما فيه من

النجاسة

النجاسة حتى لا يبقى فيه شيء او يحيله فيصير الدم رمادا فيطهر بالاستحالة ولهذا لو احرقت العذرة وصارت رمادا طهرت للاستحالة كالخمر اذا تخللت والخنزير اذا وقع في المملحة وصار ملحا وعلى هذا قالوا اذا تنجس التنور يطهر بالنار ولو جعل السلطان الخراج لرب الارض جاز بخلاف العشر وهذا عند ابي يوسف وقال ابو حنيفة ومحمد لا يجوز فيهما لانهما في لجميع المسلمين ولابي يوسف ان صاحب الخراج له حق في الخراج فيصح تركه عليه وهو صلة من الامام والعشر حق الفقراء على الخصوص كالزكوة فلا يجوز تركه عليه وعلى قول ابي يوسف الفتوى ولو دفع الاراضي المملوكة الى قوم ليعطوا الخراج جاز معناه ان اصحاب الخراج اذا عجزوا عن زراعة الارض واداء الخراج جاز للامام ان يوجر الاراضي للقادرين على الزراعة وياخذ الخراج من اجرتها فان فضل شيء من اجرتها يدفعه الى اصحابها وهم الملاك لانه لا وجه الى ازالة ملكهم بغير رضاهم من غير ضرورة ولا وجه الى تعطيل حق المقاتلة فتعين ما ذكرنا فان لم يجد من يستاجرها باعها الامام لمن يقدر على الزراعة لانه اذا لم يبعها يفوت حق المقاتلة في الخراج اصلا ولو باع لفات حق المالك في العين والفوات الى خلف كلا فوت فيبيع تحقيقا للنظر من الجانبين وليس له ان يملكها غيرهم بغير عوض ثم اذا باعها ياخذ الخراج الماضية من الثمن ان كان عليهم خراج ورد الفضل الى اصحابها ولو نوى قضاء رمضان ولم يعين عن اي يوم صح بغير لو كان عليه قضاء صوم يوم او اكثر من رمضان واحد فقضاه ناويا عنه ولم يعين انه عن يوم كذا جاز ولو عن رمضانين فلا يصح في الاصح احتراز عما قال بعض المشايخ انه لو نوى عن رمضانين يصح ايضا والاصح انه يجوز عن رمضان واحد ولا يجوز عن رمضانين ما لم يعين انه صايم عن رمضان سنة كذا وكذا في قضاء الصلوة لو نوى ظهرا عليه مثلا ولم ينو اول ظهر او آخر ظهر عليه او ظهر يوم كذا لا يصح ما لم يعين الصلوة ويومها بان يعين ظهر يوم كذا مثلا ولو نوى اول ظهر عليه جاز لان الصلوة تعينت لتعيينه وكذا الوقت تعين بكونه اولا او آخرا فان نوى اول صلوة عليه وصلى فما يليه يكون اولا ايضا فيدخل في نيته اول ظهر عليه ثانيا وكذا ثالثا الى ما لا يتناهى وكذا الآخر وهذا مخلص من لم يعرف الاوقات واشتبهت عليه واراد تسهيل الامر على نفسه وقيل يصح فيهما ايضا والاول اصح وقد ذكرنا في كتاب الصلوة والاصل في ذلك ان الفروض متزاحمة فلا بد من تعيين ما يريد اداءه حتى يبرأ ذمته منه لان فرضا من الفروض لا يتادى بنية فرض آخر فلهذا اوجب التعيين بالنية والشرط تعيين الجنس بالنية لانها شرعت لتمييز الاجناس المختلفة ولهذا يكون التعيين في الجنس الواحد لغوا لعدم الفائدة والتصرف اذا لم يصادف محله يكون لغوا ويعرف اختلاف الجنس باختلاف السبب والصلوة كلها من قبيل المختلف حتى الظهرين من يومين او العصرين من يومين لان وقت الظهر من يوم غير وقت الظهر من يوم آخر حقيقة وحكما لان الخطاب لم يتعلق بوقت يجمعهما بل بدلوك الشمس ونحوه والدلوك في يوم غير الدلوك في يوم آخر بخلاف صوم رمضان لانه متعلق بشهود الشهر لقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه وهو واحد لانه عبارة عن ثلاثين يوما بلياليها فلذلك لا يحتاج فيه الى تعيين صوم يوم كذا حتى لو كان عليه قضاء يوم بعينه فصامه بنية يوم آخر او كان عليه قضاء يومين او اكثر فصام ناويا عن قضاء يومين او اكثر جاز بخلاف ما اذا نوى عن رمضانين او عن رمضان آخر حيث لا يجوز عن واحد منهما لاختلاف السبب فصار كما اذا نوى ظهرا عن عصر او نوى ظهر يوم السبت وعليه ظهر يوم الخميس وعلى هذا اداء الكفارات لا يحتاج فيها الى التعيين في جنس واحد ولو عين لغا وفي الاجناس لا بد منه وذكر في المحيط في كتاب الكفارات نية التعيين في الصلوة لم يشترط باعتبار ان الواجب مختلف متعدد بل باعتبار ان مراعات الترتيب واجب عليه ولا عليه مراعات الترتيب الا بنية التعيين حتى لو سقط الترتيب بكثرة الفوايت يكفيه نية الظهر لا غير وهذا مشكل وما ذكره اصحابنا مثل ما في خان

وغيره خلاف ذلك هو المعتمد لما ذكرنا من المغني ولو ابتلع الصائم بزاق غيره فان كان ذلك الغير حبيبه لزمه القضاء والكفارة
والا اى وان لم يكن حبيبه فلا يلزمه الكفارة بل يلزمه القضاء فقط وذلك لان الريق تعافه النفس في مستقذره اذا كان
من غير صديقه فصار كالعجين ونحوه مما تعافه النفس وان كان من صديقه لا تعافه فصار كالخبز والثريد ونحو ذلك مما تشتهيه
النفس ولو قيل بعض الحاج عذر في ترك الحج لان امن الطريق شرط الوجوب او شرط الاداء ولا يحصل ذلك مع قتل بعض
طريق الحج فكان معذورا في ترك الحج فلا يأثم بذلك ومن قال لامرأة عندش بهدين توزن من شدي يعني انت صرت
زوجتي فقالت المرأة شدم اى صرت لا ينعقد النكاح بينهما ما لم يقل قبول كردم لان الاول لا يدل على الايجاب
والقبول فقوله تو بضم التاء المثناة وسكون الواو معناه انت وقوله زن بفتح الزاى والنون اسم للمرأة وقوله من
بفتح الميم والنون معناه صرت فهذه اللفظة تتصرف كاللفظ العربي فمصدره شدن والماضي شد والمضارع شود
والمخاطب من الماضي شدي والمتكلم وحده بالميم عوض الياء نحو شدم والاخبار عن الجمع بزيادتها بعدها نحو شديم بكسر
الدال ولو قال لها خويشتن را زن من كردانيدي يعني هل جعلت نفسك لي زوجة فقالت كردانيدم يعني فقالت
المرأة جعلت فقال بذيرفتم اى فقال الرجل قبلت ينعقد النكاح بينهما لاشتماله على الايجاب والقبول فقوله خويشتن بكسر الخاء
المعجمة يكتب واو بعدها من غير تلفظ بها وياء وشين معجمة ساكنة بعدها ياء مثناة فوقانية مفتوحة وفي اخره نون بمعنى
نفسك وقوله را بفتح الراء بعدها الف ساكنة تؤدي معنى تخصيص الاشارة بحسب المقام وقوله كردانيدي بالكاف المفتوحة والراء
الساكنة والدال المفتوحة والنون المكسورة بعد الالف وبعدها ياء ساكنة وذال معجمة وآخره ياء ساكنة وهذه اللفظة للخطاب
تؤدي معنى الجعل والتصيير وقوله كردانيدم كذلك الا انه للمتكلم وحده وذاك للخطاب واذا اريد المتكلم مع الغير يزاد فيه ياء قبل الميم
ويقال كردانيديم وقوله بذيرفتم بفتح باء مزجاة مخرجها بمخرج الفاء وبكسر الذال المعجمة بعدها ياء ساكنة وبعدها راء مفتوحة ثم فاء ساكنة
ثم تاء ساكنة مثناة من فوق مفتوحة وفي آخره ميم ساكنة ولو قال الرجل دختر خويشتن را بپسر من ارزاني داشتي يعني
هل جعلت بنتك لائقة لابني فقال ابو البنت داشتم اى جعلت لا ينعقد لانه ليس يشتمل على الايجاب والقبول ولا يلزم
من جعل ابنته لائقة لابنه حصول عقد النكاح بينهما فقوله دختر بضم الدال المهملة وسكون الخاء المعجمة وفتح التاء المثناة الفوقانية
والراء اسم للبنت والباء الموحدة في قوله بپسر تؤدي معنى لام التخصيص وقوله بپسر بكسر الباء الممزوج مخرجها بمخرج الفاء وفتح
السين المهملة وآخره راء اسم للابن وقوله ارزاني بفتح الهمزة وسكون الراء وفتح الزاى وكسر النون بعد الالف
وآخره ياء بمعنى اللائق وقوله داشتم من مادة داشتي ولكنه اخبار عن النفس وحدها ولو اريد به الاخبار عن الجماعة يقال
داشتيم بزيادة الياء قبل الميم وهذه قاعدة مطردة عندهم ولو منعت المرأة زوجها عن الدخول عليها وهو يسكن معها
في بيتها كانت ناشزة لانها حبست نفسها منه بغير حق فلا تجب النفقة لها ما دامت على منعه فيتحقق النشوز منها فصار
كحبسها نفسها في منزل غيرها هذا اذا منعته ومرادها السكنى في منزلها وان كان المنع لينقلها الى منزله لا تكون
ناشزة لان السكنى واجبة لها عليه فكان حبسها نفسها منه بحق فلا تسقط نفقتها لان التقصير جاء من جهته
فصار كما اذا حبست نفسها لاستيفاء مهرها بخلاف ما اذا حبست بسبب دين عليها او غصبها غاصب وذهب
بها لان الفوت ليس من قبلها وبخلاف ما اذا كانت ساكنة معه في منزله ولم يمكنه من الوطء لانه يمكنه الوطء كرها غالبا
فلا يعد منعا ولو سكن الرجل في بيت الغصب فامتنعت زوجته منه فلا تكون ناشزة لانها محقة اذ السكنى فيه حرام
ولو قالت لا اسكن مع امتك واريد بيتا على حدة فليس لها ذلك لانه لا بد له ممن يخدمه فلا يمكن منعه من ذلك ولو
قالت المرأة لزوجها مرا طلاق ده يعني اعطني طلاقا فقال الزوج داده كير او كرده كير او داده باد او كرده باد ان
قالت له صح

لوى به

نوى به الطلاق يقع والا اى وان لم ينو به الطلاق فلا يقع لانها كنايات عندهم فقوله داده بفتح الدال بعدها الف
ساكنة وذال معجمة مفتوحة وفي آخره هاء ساكنة اسم مفعول من داده الذي هو المصدر بمعنى الاعطاء وقوله كير بكسر الكاف
وسكون الياء وآخره راء معناه الاصلي امسك ولكن معناه ههنا افرض وقدر يعني ان الطلاق قد اعطي فقوله
كرده بفتح الكاف وسكون الراء وفتح الدال وسكون الهاء وهو ايضا اسم مفعول من كردن الذي هو المصدر ومعناه
الفعل والعمل وقوله باذ بالذال المعجمة معناه فليكن ولو قال الرجل داده است او قال كرده است يقع الطلاق
وان لم ينو الطلاق ولو قال داده انگار او كرده انگار لا يقع وان نوى ايضا والفرق بينهما ان في الاول
اخبار عن الوقوع فيقع مطلقا وفي الثاني ليس باخبار لان معنى قوله داده انگار افرض انه وقع او احسب فلا يقع
به شيء وانكار بفتح الهمزة وسكون النون وفتح الكاف وفي آخره راء مهملة معناه افرض وقدر ولو قال لها دى مرا
نشايد تا قيامت او همه عمر لا يقع الا بالنية لانه من الكنايات فقوله دى بفتح الواو وسكون الياء بمعنى هي التي هي ضمير
الغائبة وقوله مرا بفتح الميم والراء المقصورة معناه لاجل وقوله نشايد بفتح النون والشين المعجمة والف ساكنة
بعدها ياء مفتوحة وذال معجمة معناه لا يليق وقوله تا بالفتح المثناة الفوقانية مقصورا معناه الى الغاية والحاصل في معنى
هذا التركيب لا يليق الى يوم القيامة وقوله همه بفتح الهاء والميم وسكون الهاء معناه الجميع والمعنى هي لا يليق بي جميع عمري
او مدة عمري او الى يوم القيامة ولو قال لها حيله زنان كن فهو اقرار بالطلاق الثلاث لان معنى كلامه افعلي حيلة
النساء ومقصوده بهذا احفظي عدتك وعدي ايام عدتك فان هذا عندهم كناية عن وقوع الطلاق الثلاث
لان المرأة لا تشتغل باموال العدة الا بعد وقوع الثلاث ولو قال لها حيله خويش كن فلا يكون اقرارا بالطلاق
لانه ليس بكناية عن الطلاق عندهم بخلاف الاول فقوله خويش بكسر الخاء المعجمة والواو ولا يتلفظ بها عندهم وبعدها
ياء وشين معجمة معناه انت ههنا يجيء لمعنى اخر في غير هذا الموضع ولو قالت له كابين ترا بخشيدم يعني لو قالت
المرأة لزوجها وهبت لك المهر مرا از جنگ بازدار معناه خلصني من نزاعك فان طلقها يسقط المهر لانه يكون في
معنى الخلع على المهر والطلاق على المهر والا اى وان لم يطلقها فلا يسقط المهر لانه ما اجاب الى سؤالها وهو الطلاق
حتى يسقط المهر فقوله كابين بباء موحدة مكسورة وياء ساكنة ونون اسم للمهر وقوله ترا بضم التاء المثناة الفوقانية
وبالراء المقصورة ومعناه لك وقوله بخشيدم بفتح الباء الموحدة وسكون الخاء المعجمة وكسر الشين المعجمة وسكون
الياء وفتح الدال المعجمة وآخره ميم ساكنة ومعناه وهبت ومصدره بخشيدن ولو قال لعبده يا مالكي او قال لامته
انا عبدك لا يعتق لانه ليس بصريح للعتق ولا كناية له فلا يكون فيه شيء مما يقتضي العتق بخلاف قوله يا مولاي
لان حقيقته ينبئ بثبوت الولاء على العبد وذلك بالعتق فيعتق لانه يمكن اثباته من جهة المولى وقوله يا مالكي او انا
عبدك حقيقته ينبئ عن ثبوت الملك للعبد على المولى وذلك لا يمكن اثباته من جهة المولى لا مقصود العدم قدرته
على ذلك ولا مقتضى لان من شرطه ان يثبت المقتضى فيثبت في ضمنه المقتضي وثبوت المقتضي وهو الملك متعذر
لما ذكرنا فلا يثبت المقتضي بدونه ولو دعي الى فعل فقال بر من سوكند است يعني على اليمين كه اين كار يعني هذا
الفعل نكنم يعني لا افعل فهو اقرار باليمين فمتى فعل يحنث في يمينه ويلزمه الكفارة قوله بر بفتح الباء الموحدة وسكون
الراء بمعنى على وقوله من بفتح الميم وسكون النون بمعنى انا وقوله سوكند بفتح السين المهملة وسكون الواو
وفتح الكاف وسكون النون والدال معناه اليمين وقوله است بفتح الهمزة وسكون السين المهملة وتاء
مثناة فوقية ساكنة لفظ يذكر لربط الخبر بالمبتدأ ليصح الاخبار عنه وقوله اين بكسر الهمزة وسكون الياء ونون

ساكنة بمعنى هذا وقوله كار بالراء المهملة اسم للفعل وقوله نكنم مضارع منفي لان النون المفتوحة في اوله حرف النفي
وكنم معناه افعل للمتكلم وحده واشتقاقه من كردن الذي هو المصدر فالماضي كرد والمضارع كنم ومع الغير كنيم بزيادة
الياء قبل الميم وان قال بر من سوكند است بطلاق معناه على اليمين بالطلاق فاقرار بالحلف بالطلاق حتى اذا فعل
ذلك تطلق امرأته فان قال قلت ذلك كذبا لا يصدق لانه اخبر عن يمين منعقدة وقوله بعد ذلك قلت ذلك
كذبا يكون رجوعا فلا يصدق ولو قال مرا سوكند خانه است كه اين كار نكنم معناه اذا حالف بيمين البيت ان لا افعل
هذا الفعل فانه اقرار باليمين بالطلاق لان اليمين بالبيت عبارة في العرف يكون بالبيت عن المرأة فقوله خانه
اسم للبيت ولو قال المشتري للبائع بعد البيع بها ر باز ده معناه رد الثمن فقال البائع باز ده هم يعني ارد يكون
فسخا للبيع لان استرداد الثمن برده فسخ للعقد قوله بها بفتح الباء الموحدة والهاء المقصورة معناه الثمن وقوله
ر بفتح الراء بعدها الف ساكنة يؤدي معنى تخصيص الاشارة كما ذكرنا وقوله باز ده معناه اعط العقار المتنازع فيه
لا يخرج من يد ذي اليد ما لم يبرهن المدعي يعني اذا ادعى عقارا لا يكتفى بذكر المدعي وتصديق انه في يد المدعى عليه في ذلك بل
لا بد من اقامة البينة انه في يد المدعى عليه حتى يصح دعواه او علم القاضي في الصحيح لان يد المدعى عليه لا بد منه ليصح الدعوى
عليه اذ هو متهم فيها لانه يحتمل ان يكون في يد غيره فباقامة البينة ينتفي تهمة المواضعة فامكن القضاء عليه باخراجه من يده لتحقق
يده بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهد فلا يحتاج الى اثباتها بالبينة وقد مر في الدعوى ولا يصح قضاء القاضي في عقار
ليس ذلك العقار في ولايته لانه لا ولاية في ذلك المكان وقد اختلف المشايخ هل يعتبر المكان او الاهل فقيل يعتبر
المكان وقيل يعتبر الاهل حتى لا ينفذ قضاؤه في غير ذلك المكان على من اعتبر المكان ولا في غير ذلك الاهل على من اعتبر
الاهل وان خرج القاضي مع الخليفة من المصر يقضي وان خرج وحده لم يجز قضاؤه فهذا ينبغي على قول من اعتبر المكان
لان القضاء من اعلام الدين فيكون المصر شرطا فيه كالجمعة والعيد وعن ابي يوسف ان المصر شرط فيه واليه اشار
محمد ايضا في كتاب ادب القاضي فقال ان المصر شرط لنفوذ القضاء واذا قضى القاضي في حادثة ببينة ثم قال رجعت
عن قضائي او قال بدا لي غير ذلك او قال وقعت في تلبيس الشهود او قال ابطلت حكمي ونحو ذلك لا يعتبر والقضاء
ماض ان كان قضاؤه بعد ثبوت دعوى صحيحة وشهادة مستقيمة لان رأيه الاول قد ترجح بالقضاء فلا ينتقض باجتهاد
مثله ولا يملك الرجوع عنه ولا ابطاله لانه تعلق به حق الغير وهو المدعي الا ترى ان الشاهد لما اتصل بشهادته القضاء
لا يصح رجوعه فلا يملك ابطالها لما ذكرنا فكذا القاضي وقال الشعبي كان رسول الله عليه السلام يقضي بالقضاء ثم ينزل
القرآن بعد الذي قضى بخلافه فلا يرد قضاؤه ولا يستأنف وقال صاحب المحيط وهذا يدل على ان القاضي اذا قضى
بالاجتهاد في حادثة لا نص فيها ثم تحول عن رأيه فانه يقضي في المستقبل بما هو احسن عنده ولا ينقض ما مضى من قضائه
لان حدوث الاجتهاد والرأي دون نزول القرآن والنبي عليه السلام لم ينقض القضاء الذي قضى بالرأي بالقرآن
الذي نزل بعده فهذا اولى بخلاف ما اذا قضى باجتهاده في حادثة ونزل القرآن بخلافه ومع ذلك لم ينقض قضاؤه
الاول والفرق ان القاضي اذا قضى باجتهاده فالنص الذي هو مخالف لاجتهاده كان موجودا منزلا الا انه خفي عليه فكان
الاجتهاد في محل النص فلا يصح والنبي عليه السلام حال ما قضى باجتهاده كان الاجتهاد في محل لا نص فيها فيصح وصار
ذلك شريعة له فاذا نزل القرآن بخلافه صار ناسخا لتلك الشريعة ومن له على آخر حق فخبأ اي فاخفى قوما ثم سأله
عنه فاقر به اي فاقر المسؤول بالحق وهم اي القوم الذين حضروا او اختفوا يرونه ولا يسمعونه اي القوم يرون
شخص المقر ويسمعون كلامه وهو اي المقر لا يراهم لاختفائهم عنه صحت شهادتهم عليه بذلك الاقرار لان الاقرار

موجب

موجب بنفسه وقد علموه ورأوه وهو الركن في اداء الشهادة قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال عليه السلام
اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع وان سمعوا كلامه ولم يروه فلا تصح شهادتهم لان النغمة تشبه النغمة فيحتمل
ان يكون المقر غيره فلا يجوز لهم ان يشهدوا عليه مع الاحتمال الا اذا كانوا دخلوا البيت وعلموا انه ليس فيه احد
سواه ثم جلسوا على الباب وليس للبيت مسلك غيره ثم دخل رجل فسمعوا اقرار الداخل ولم يروه وقت
الاقرار لان العلم حصل لهم في هذه الصورة فجاز لهم ان يشهدوا عليه ولو بيع عقار وبعض اقارب البائع
حاضر عند البيع يعلم البيع وسكت لا تسمع دعواه بعده لم يعين القريب ههنا وفي الفتاوى لابي الليث
عينه فقال لو باع عقارا وابنه وامرأته حاضر يعلم وتصرف المشتري فيه زمانا ثم ادعى الابن انه ملكه ولم يكن
ملك ابيه وقت البيع اتفق مشايخنا على انه لا يسمع مثل هذه الدعوى وهو تلبيس محض وحضوره عند البيع
وتركه فيما يصنع يكون اقرارا منه بانه ملك البائع وان لا حق له في المبيع وجعل سكوته في هذه الحالة كالافصاح بالاقرار
قطعا للاطماع الفاسدة لاهل العصر في الاضرار بالناس ولو باع ضيعة ثم ادعى انها وقف عليه وعلى اولاده لا تسمع
دعواه للتناقض لان اقدامه على البيع اقرار له وان اراد تحليف المدعى عليه ليس له ذلك وان اقام البينة يقبل قوله
لان الشهادة على الوقف تقبل من غير دعوى لانها من باب الحسبة فاذا قبلت انتقض البيع وقيل لا تقبل وهو الصواب
والاحوط لانه باقامة البينة ان الضيعة وقف عليه يدعي فساد البيع وحق النقض فلا تسمع للتناقض وقال في الجامع الاصغر
اذا بيع متاع انسان بين يديه وهو ينظر لا يصح لان سكوته يحتمل الرضا والسخط وقال ابن ابي ليلى سكوته يكون
اجازة منه للبيع ولو وهبت امرأة مهرها من زوجها ثم ماتت فطلب اقاربها المهر وقالوا كانت الهبة في مرض موتها وقال
الزوج في صحتها فالقول له اي للزوج استحسانا والقياس ان يكون القول للورثة لان الهبة حادثة والحادث تضاف
الى اقرب الاوقات وجه الاستحسان انهم اتفقوا على سقوط المهر عن الزوج لان الهبة في مرض الموت تفيد الملك وان كانت
للوارث الا ترى ان المريض اذا وهب عبدا لوارثه فاعتقه الوارث او باعه نفذ تصرفه ولكن يجب عليه الضمان ان
مات المورث في ذلك المرض رد الوصية للوارث بقدر الامكان فاذا سقط عنه المهر بالاتفاق فالوارث تدعي العود
عليه والزوج ينكر فالقول قول المنكر ولو اقر بحق ثم قال كنت كاذبا فيما اديت حلف المقر له ان المقر لم يكن كاذبا فيما
اقر به ولست انا مبطل فيما ادعى عليه عند ابي يوسف وهذا استحسان والقياس ان يؤمر بتسليم المقر به الى المقر له
وهو قولهما لان الاقرار حجة ملزمة شرعا فلا يصار معه الى اليمين كالبينة بل اولى لان احتمال الكذب فيه ابعد لتضرره
بذلك وجه الاستحسان ان العادة جرت بين الناس انهم يكتبون الصك اذا ارادوا الاستدانة قبل الاخذ ثم يأخذ دن
المال فلا يكون الاقرار دليلا على اعتبار هذه الحالة فيحلف وبه اي بقول ابي يوسف يفتى لتغير احوال الناس وكثرة
الخداع والخيانات وهو يتضرر بذلك والمدعي لا يضره اليمين ان كان صادقا فيصار اليه كذا في الزيلعي والاقرار ليس سببا
للملك لما عرفت ان الاقرار اخبار لا انشاء وتمليك فلو ادعى الاقرار ابتداء بان يقول انك اقررت لي بكذا فادفعه الي
بكذا او جعله سببا بان يقول ان لي عليك كذا لانك اقررت لي به لم تسمع عند عامة المشايخ لان نفس الاقرار ليس
بناقل للملك واختلفوا في انه هل يصح دعوى الاقرار في طرف الدفع حتى لو اقام المدعى عليه بينة ان المدعي اقر انه لا حق لي
على المدعى عليه او اقام البينة ان المدعي اقر ان هذا العين ملك هذا المدعى عليه هل تقبل قال بعضهم وعامتهم ههنا على انها
تقبل واجمعوا على انه لو قال هذا العين ملكي واقر به صاحب اليد او قال لي عليه كذا واقر به هذا المدعى عليه تصح الدعوى
وتسمع البينة على اقراره لانه لم يجعل الاقرار سببا للوجوب وفي هذه الصورة لو انكر الاقرار يحلف على عدم اقراره وفيه

خلاف بين ابي يوسف ومحمد وقيل يحلف لانه لو نكل يثبت الاقرار والفتوى على انه لا يحلف على الاقرار وانما يحلف على المال كذا في
العمادية هكذا في اقرار الدرر ولو قال لآخر وكلتك ببيع هذا فسكت صار وكيلا لان سكوته وعدم رده من ساعته دليل
القبول عادة ونظيره هبة الدين ممن عليه الدين فانه اذا سكت صحت الهبة وسقط الدين لما بينا وان قال من ساعته لا اقبل
بطل وبقي الدين على حاله وكذا لو قالت جعلت ارضي عليك وقفا فسكت صح ولو قال لا اقبل بطل ولو قال للانصاري الوقف
لا يبطل بقوله لا اقبل لانه وقع لله تعالى والاشبه ان يكون هذا قول ابي يوسف لما عرف من اصله انه يصير وقفا بمجرد وقفت
داري ولو وكل امرأته بطلاق نفسها لا يملك عزلها لانه يمين من جهته لما فيه من اليمين وهو تعليق الطلاق بفعلها فلا يصح
الرجوع في اليمين وهو تمليك من جهتها لان الوكيل هو الذي يعمل لغيره وهي عاملة لنفسها فلا تكون وكيلة بخلاف الاجنبي
ولو قال لآخر وكلتك بكذا على اني متى عزلتك فانت وكيلي فطريق عزله ان يقول عزلتك ثم عزلتك فانه اذا قال عزلتك
كان معزولا نظرا الى ظاهر اللفظ ومنصوبا بوجود الشرط حيث قال متى عزلتك فانت وكيلي فاذا قال ثم عزلتك ينعزل
عن الوكالة الثابتة بهذا اللفظ لان متى يفيد عموم الاوقات لا عموم الافعال ولو قال كلما عزلتك فانت وكيلي فطريقه
اي فطريق عزله ان يقول عن الوكالة المعلقة فاذا رجع عنها لا يبقى لها اثر فيما يقول بعده وعزلتك عن الوكالة المنجزة
لان كلمة كلما يقتضي عموم الافعال فاذا عزل عن الوكالة المنجزة الحاصلة من لفظ كلما فحينئذ ينعزل فلا يبقى له وكالة
اصلا وقبض بدل الصلح قبل التفرق شرط ان كان دينا بدين بان وقع على دراهم عن دنانير او عن شيء آخر
في الذمة لانه متى وقع الصلح على غير ما يستحقه الدين بعقد المداينة وهو مال يحمل على المعاوضة فاذا حمل على المعاوضة
صار صرفا او بيعا وفيهما لا يجوز الافتراق عن الدين بالدين لنهيه عليه السلام عن الكالي بالكالي والا لا اي وان
لم يكن دينا بدين فلا يشترط قبضه لان الصلح اذا وقع عن عين حنطتين لا يبقى دينا في الذمة فجاز الافتراق عنه
وان كان حال الربوا كما اذا صالح عن شعير بعينه عن حنطة في الذمة ومن ادعى على صبي دارا فصالحه ابوه على مال الصبي
فان كان للمدعي بينة على دعواه جاز الصلح ان كان بمثل القيمة او اكثر بما يتغابن فيه لان للصبي فيه منفعة
وهي سلامة العين له لانه لو لم يصالح لاستحقه المدعي بالبينة فيأخذه فيكون هذا الصلح من الاب بمنزلة الشراء
من المدعي فيتقيد بالمثل او بقدر ما يتغابن الناس فيه عادة لانه لا يمكن التحرز عنه وان لم يكن له بينة او كانت له بينة لكنها
غير عادلة لا يجوز لانه يصير الاب متبرعا بمال الصبي لصلح لا مشتريا له لانه لم يستحق المدعي شيئا من ماله لولا الصلح فلا منفعة للصبي
في هذا الصلح بل فيه ضرر فلا يجوز لان الولاية نظرية قال الله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن وان كان الاب مع المدعي
للصغير ولا بينة له يجوز كيف ما كان لانه لم يثبت للصبي فيما ادعاه الاب له ملك لا معنى الملك وهو التمكن من الاخذ فكان
محصلا له غير ان يخرج من ملك الصبي بمقابلته فكان نفعا محضا وان كان له بينة عادلة لا يجوز الا بالمثل وباقل قدر
ما يتغابن فيه لانه صار في معنى الملك لتمكنه من الاخذ بالبينة العادلة ووصي الاب في هذا كالاب لانه قايم مقامه ومن
قال لا بينة لي ثم برهن صح يعني قال المدعي ليس لي بينة على دعوى هذا الحق ثم جاء بالبينة تقبل لان التوفيق بينهما ممكن
بان كانت له بينة فنسيها ثم ذكرها بعد ذلك او كان لا يعلمها ثم علمها وعن ابي حنيفة انها لا تقبل لانه اكذب بينته هـ
وكذا لو قال لا شهادة لي في هذه القضية ثم شهد يعني قال الشاهد لا شهادة لفلان عندي في حق بعينه ثم شهد
له به تقبل لانه جاز له ان يقول نسيت وكذا اذا قال ليس لي عند فلان شهادة ثم جاء به فشهد تقبل شهادته
روى ذلك عن ابي حنيفة لانه يحتمل ان يكون له شهادة قد نسيها او لا يعلمها ثم علمها ولهذا لو قال لا علم لي حقا على فلان
ثم اقام البينة ان له عليه حقا تقبل لامكان الخفاء عليه فامكن التوفيق بخلاف ما اذا قال ليس له علي حق ثم ادعى عليه حقا

حيث لا

حيث لا تسمع دعواه لان المناقضة بين الاقرار والدعوى ثابتة فلا يمكن التوفيق بينهما وبقي الحجة في هذا كنفي الحق حتى
اذا قال لا حجة لي على فلان ثم اتى بحجة تقبل لانه يقول نسيت ولو قال هذه الدار ليست لي او قال ليس في ذلك العبد لي ثم اقام
البينة ان الدار او العبد له تقبل بينته لانه لم يثبت باقراره حقا لاحد وكل اقرار لم يثبت به لغيره حق كان لغوا ولهذا يصح
الملاعن بسبب لد نفي بلعانه نسبه لانه حين نفاه لم يثبت فيه حقا لاحد وللامام الذي ولاه الخليفة ان يقطع من
الاقطاع انسانا من طريق الجادة وهي الشارع الاعظم ان لم يضر بالمارة لان للامام ولاية التصرف في حق العامة
فيما فيه نظر للمسلمين فاذا راى ذلك مصلحة كان له ان يفعله من غير ان يلحقها ضررا باحد الا ترى انه اذا راى ان
يدخل بعض الطريق في المسجد وبالعكس فله ذلك والامام الذي ولاه الخليفة بمنزلة الخليفة لانه نايب فكان فيه مثله ومن صادره
السلطان ولم يعين بيع ماله فباع ماله نفذ لانه لم يكره بالبيع وانما باع باختياره غاية الامر انه صار محتاجا الى بيعه
لايفاء ما طلب منه وذلك لا يوجب الكره كالدائن اذا حبس بالدين فباع ماله ليقضي بثمنه دينه فانه يجوز لانه باعه
باختياره وانما وقع الكره في الايفاء لا في البيع وقد تقدم مثله في التسعير ولو خوف امرأته بالضرب حتى وهبت مهرها منه لا
تصح الهبة ان قدر على الضرب لانها مكرهة عليها اذ الاكراه على المال يثبت بمثله لان التراضي شرط في تمليك الاموال والرضا
ينتفي بمثله فلا يصح وان اكرهها على الخلع ففعلت يقع الطلاق لان طلاق المكره واقع ولا يجب المال به لان الرضا شرط فيه
وفقد العدم ولو احالت انسانا بالمهر على الزوج ليأخذ منه عوض دينه منها ثم وهبته عن الزوج لا يصح الهبة لانه تعلق
به حق المحتال على مثل الرهن وان كانوا اسوة للغرماء عند موتها فيرد تصرفها فيه فصار كما لو باع المرهون او وهبه ومن
اتخذ بئرا او بالوعة في داره فنز منها حايط جاره وطلب الجار تحويله لا يجبر عليه لانه تصرف في خالص ملكه وان سقط
الحايط منه لا يضمنه لان هذا تسبيب وبه لا يجب الضمان الا اذا كان متعديا كوضع الحجر على الطريق واما اتخاذ ذلك
في ملكه فليس بتعد فلا يضمن ومن عمر من التعمير دار زوجته بماله باذنها فالعمارة لها والنفقة دين عليها لان الملك لها وقد
صح امرها بذلك فينتقل اليها فيكون كانها هي عمرت فتبقى على حالها ملكها وهو غير متطوع في الانفاق لصحة امرها فيرجع
عليها كالمامور بقضاء الدين وان عمر لها بلا اذنها فالعمارة لها وهو متطوع اي الزوج متطوع في البناء فلا يكون له
الرجوع عليها به لانه لا ولاية له في ايجاب ذلك عليها وقد ملكته هي برضاه وكان متبرعا وان عمر الزوج لنفسه بلا اذنها
فالعمارة له لان الآلة التي بنى بها ملكه فلا تخرج عن ملكه بالبناء من غير رضاه فيبقى على ملكه ويكون غاصبا للعرصة وشاغلا
ملك غيره بملكه فيؤمر بالتفريغ ان طلبت زوجته ذلك ومن اخذ غريما له فنزعه انسان من يده فلا ضمان على النازع اي لا يضمن
النازع اذا هرب الغريم لان النزع تسبيب وقد دخل بينه وبين ضياع حقه فعل فاعل مختار وهو هربه فلا يضاف
اليه التلف كما اذا حل قيد العبد فابق فان الحال لا يضمن لان التلف لم يحصل بفعله وانما حصل بفعل العبد مختارا وكذا لا
السارق على مال الغير فان الدال لا يجب عليه الضمان لان التلف حصل بفعل السارق لا بالدلالة وكمن امسك
مارا من عدو حتى قتله فان الممسك لا يجب عليه الضمان فكذا هذا ومن في يده مال انسان فقال له السلطان ادفعه
الي والا قطعت يدك او ضربتك خمسين سوطا لا يضمن لو دفع لانه مكره عليه فكان الضمان على المكره او على
الآخذ ايهما شاء المالك ان كان الاخذ مختارا والا فعلى المكره فقط ولو وضع في الصحراء منجلا ليصيد به حمار وحش
وسمى عليه فجاء في الغد ووجد الحمار مجروحا ميتا لا يحل اكله لان الشرط ان يذبحه انسان او يجرحه وبدون ذلك لا يحل
وهو كالنطيحة والمتردية المذكورة في الآية وتقييده بالغد وقع اتفاقا حتى لو وجده ميتا من ساعته لا يحل لعدم
شرطه ويكره من الشاة الحياء مقصور وهو الفرج والخصية والمثانة والذكر والغدة والمرارة والدم المسفوح

لما روى عن الاوزاعي عن مجاهد قال كره رسول الله صلى الله عليه وسلم من الشاة الذكر والانثيين والقبل والغدة والمرارة والمثانة والدم قال ابو حنيفة الدم حرام واكره الستة لقوله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم فلما تناوله النص قطع بتحريمه وكره ما سواه لانه مما يستخبثه الانفس وتكرهه وهذا المعنى سبب الكراهة لقوله تعالى حرمت عليكم الميتة ويحرم عليهم الخبائث وللقاضي ان يقرض مال الغايب والطفل واللقطة لانه قادر على الاستخلاص فلا يفوت الحفظ بخلاف الاب والوصي والملتقط لانهم عاجزون على الاستخلاص فيكون تضييعا الا ان الملتقط اذا انشد اللقطة ومضى مدة النشدات ينبغي ان يجوز له الاقراض من فقير لانه لو تصدق به عليه في هذه الحالة جاز فالقرض اولى ولو كانت حشفة الصبي ظاهرة من راه يظنه مختونا ولكال انه لا يقطع جلدة ذكره الا بمشقة جاز ترك ختانه لان قطع جلدة ذكره لينكشف الحشفة فان كانت الحشفة ظاهرة فلا حاجة الى القطع وان كان يواري الحشفة يقطع الفضل ولو ختن ولم يقطع الجلدة كلها ينظر فان قطع الاكثر من النصف يكون ختانا لان للاكثر حكم الكل وان قطع النصف فما دونه لا يعتد به لعدم الختان حقيقة وحكما وكذا الشيخ اسلم وقال اهل البصر لا يطيق الختان الاصل ان الختان سنة كما جاء في الخبر وهو من شعائر الاسلام وخصائصه حتى لو اجتمع اهل بلدة على تركه يحاربهم الامام فلا يترك الا لضرورة وعذر الشيخ الذي لا يطيق ظاهر فيترك ووقت الختان غير معلوم قال ابو حنيفة لا علم لي بوقته ولم يرو عن ابي يوسف ومحمد شيء ولكن المشايخ اختلفوا فيه قيل وقته سبع سنين لانه يؤمر بالصلوة اذا بلغ سبعا اعتيادا وتخلقا فيحتاج الى الختان مثلها وقيل وقته عشر سنين لانه يؤمر بالصلوة ويؤدب على تركها فيؤمر بالختان مثلها وقيل لا يختن حتى يبلغ لان الختان للطهارة ولا طهارة عليه قبله فكان ايلاما قبله من غير حاجة وقيل ان كان قويا يطيق الم الختان ختن والا فلا وهو اشبه بالفقه وختان المرأة ليس سنة وانما هو مكرمة للرجال لانه الذ في الجماع وقيل سنة والاصل ان ايصال الالم الى الحيوان لا يجوز شرعا الا لمصالح تعود اليه وفي الختان اقامة السنة ويعود اليه ايصال مصلحة لانه جاء في الحديث الختان سنة يحارب على تركها وكذا يجوز كي الصغير وربط قرحته وغيره من المداواة وكذا يجوز ثقب اذن البنات الاطفال لان فيه منفعة الزينة وكان يفعل ذلك في زمنه عليه السلام الى يومنا هذا من غير نكير والحامل لا يفعل ما يضر بالولد فلا ينبغي لها ان يحتجم ما لم يتحرك الولد فاذا تحرك الولد فلا بأس به ما لم يقرب الولادة فاذا قرب فلا يحتجم لانه يضره واما الفصد فلا يفعل مطلقا ما دامت حبلى لانه يخاف على الولد منه وكذا يجوز فصد البهائم وكيها وكذا كل علاج فيه منفعة لها وجاز قتل ما يضر من البهائم كالكلب العقور والهرة اذا كانت تأكل الدجاج والحمام لازالة الضرر ويذبحها ذبحا ولا يضربها فانه لا يفيد فيكون تعذيبا لها بلا فائدة ولا يجوز ان يصلي على غير الانبياء والملائكة لان في الصلوة من التعظيم ما ليس في غيرها من الدعوات وهي لزيادة الرحمة والقرب لله تعالى ولا يليق ذلك لمن يتصور منه الخطايا والذنوب وانما يدعى له بالمغفرة والتجاوز الا بطريق التبع بان يقول اللهم صل على محمد واله وصحبه ونحوه لانه تعظيم النبي صلى الله عليه وسلم واختلفوا في الترحم على النبي صلى الله عليه وسلم بان يقول اللهم ارحم محمدا قال بعضهم لا يجوز لانه ليس فيه ما يدل على التعظيم مثل الصلوة ولهذا يجوز ان يدعى بهذا اللفظ لغير الانبياء والملائكة وهو مرحوم قطعا فيكون تحصيل الحاصل وقد استغنينا عن هذه بالصلوة فلا حاجة اليها وقال بعضهم يجوز لان النبي عليه السلام كان من اشوق العباد الى مزيد رحمة الله تعالى ومعناها معنى الصلوة فلم يوجد ما يمنع من ذلك ثم الاولى ان يدعو للصحابة بالرضا فيقول رضي الله عنهم لانهم كانوا يبالغون في طلب الرضا من الله تعالى ويجتهدون في فعل ما يرضيه ويرضون بما يلحقهم من الابتلاء من جهته اشد الرضا فهؤلاء

احق بالرضا

احق بالرضا وغيرهم لا يلحقه ادناهم ولو انفق ملء الارض ذهبا وللتابعين بالرحمة فيقول رحمهم الله ولمن بعدهم بالمغفرة والتجاوز فيقول غفر الله لهم وتجاوز عنهم لكثرة ذنوبهم ولقلة اهتمامهم بالامور الدينية ولا يجوز الاعطاء باسم النيروز والمهرجان يعني الهدايا باسم هذين اليومين حرام بل كفر وقال ابو حفص الكبير لو ان رجلا عبد الله خمسين سنة ثم جاء يوم النيروز واهدى الى بعض المشركين بيضة يريد به تعظيم ذلك اليوم فقد كفر وحبط عمله وقال صاحب الجامع الاصغر اذا اهدى يوم النيروز الى مسلم اخر ولم يرد به تعظيم ذلك اليوم ولكن على ما اعتاده بعض الناس لا يكفر ولكن ينبغي له ان لا يفعل ذلك في ذلك اليوم خاصة ويفعل قبله او بعده كيلا يكون تشبها باولئك القوم وقد قال عليه السلام من تشبه بقوم فهو منهم وقال في الجامع الاصغر رجل اشترى يوم النيروز شيئا لم يشتره قبل ذلك ان اراد به تعظيم ذلك اليوم كما يعظمه المشركون كفر وان اراد الاكل والشرب والتنعم لا يكفر ولا بأس بلبس القلانس جمع قلنسوة لما روي ان النبي عليه السلام كان له قلانس يلبسها وقد صح ذلك ذكره في الذخيرة وللشاب العالم ان يتقدم على الشيخ الجاهل لانه افضل منه قال الله تعالى هل يستوي الذين يعلمون والذين لا يعلمون ولهذا يقدم في الصلوة وهي احد اركان الاسلام وهي تالية الايمان وقال الله تعالى اطيعوا الله واطيعوا الرسول واولي الامر منكم والمراد باولي الامر العلماء في اصح الاقوال والمطاع شرعا مقدم وكيف لا يقدمون العلماء ورثة الانبياء عليهم الصلوة والسلام على ما جاء به السنة الكل من الزيلعي ولحافظ القران ان يختم في اربعين يوما لان المقصود من قراءة القران فهم معانيه والاعتبار بما فيه لا مجرد التلاوة قال الله تعالى كتاب انزلناه اليك ليدبروا اياته وليتذكر اولوا الالباب ثم المراد الختم في كل اربعين يوما وليلة واما سبب الاستحباب في خصوص الاربعين فقد قيل لان فيه من خاصية الاستكمال ما ليس في غيره من الاعداد الا يرى ان النبي عليه السلام قال حكاية عن الله تعالى خمرت طينة ادم بيدي اربعين صباحا وقال عليه السلام ان خلق احدكم يجمع في بطن امه اربعين يوما نطفة ثم يكون علقة مثل ذلك ثم يكون مضغة مثل ذلك الحديث وقال عليه السلام من اخلص لله تعالى اربعين صباحا ظهرت ينابيع الحكمة من قلبه على لسانه ولما كان القران منبع جميع الحكم فينبغي للقاري ان يخلص في كل اربعين بترتيل بعض منه في كل يوم من الاربعين ليظهر ينابيع حكمه على قلبه ومنه على لسانه ثم الترتيل مستحب لا لمجرد التدبر فان العجمي الذي لا يفهم معنى القران يستحب له الترتيل ايضا في القراءة لان ذلك اقرب الى التوقير والاحترام واشد تأثيرا في القلب من الهذرمة والاستعجال وقد نهى عليه السلام ان يختم القران في اقل من ثلاث فقال لم يفقه في الدين من قرأ القران في اقل من ثلاث وفي فتاوى ظهير الدين المرغيناني من ختم القران في السنة مرة لا يكون هاجرا وعن ابي حنيفة من قرأ القران في السنة مرتين فقد قضى حقه ويستحب ان يكون ختم القران في اول الليل اذا كان في الشتاء واما اذا كان في الصيف ففي اول النهار او اخره وان يجمع اهله فيختم بينهم ويغتنم شهود الدعاء عند ختم القران فان الدعاء مستجاب عنده وفي الحديث من شهد خاتمة القران كان كمن شهد المغانم حين يقسم ومن شهد فاتحة القران كان كمن شهد فتحا في سبيل الله تعالى ويفتتح القران عند اختتامه فانه رغمة اي اذلال للشيطان ففي الحديث افضل الناس الحال المرتحل ذكر في فتاوى قاضي خان وغيره انهم تكلموا في الدعاء عند ختم القران في شهر رمضان وعند ختمه بالجماعة واستحسنه المتأخرون فلا يمنع عن ذلك وقراءة سورة الاخلاص ثلاثا عند ختم القران استحسنه مشايخ عراق الا ان يكون الختم في المكتوبة فلا يكرر ما انتهى واعلم ان السنة فيما بين قراء اهل مكة ان يكبر من اول سورة والضحى عند ختم كل سورة حتى يختم القران فيقول الله اكبر وكان سببه ان الوحي احتبس عنه عليه السلام زمانا فقال المشركون هجره شيطانه وودعه فاغتم النبي عليه السلام فلما نزل والضحى

كبر فرحا بنزول الوحي فاتخذوه سنة كذا في معالم التنزيل والقراة بالروايات السبع كلها جائزة لكن الاولى ان لا يقرأ
بالقرآات العجيبة والروايات الغريبة لان بعض السفهاء ربما يقعون في الاثم فلا يقراء عند العوام مثل قراة ابي جعفر
وابن عامر وحمزة والكسائي صيانة لدينهم فربما يستهزئون او يضحكون وان كان كلها صحيحة فصيحة طيبة ومشايخنا
اختاروا قراة ابي عمرو وحفص عن عاصم كذا في فتاوى الحجة ثم اعلم ان حفظ ما يجوز به الصلوة فرض عين على كل
مكلف وحفظ فاتحة الكتاب وسورة واجب وحفظ سائر القرآن فرض كفاية وسنة عين افضل من صلوة النفل
وقراة القران من المصحف افضل لانه جمع بين عبادتي القراة والنظر في المصحف والاستماع للقران فرض كفاية
وهو افضل من تلاوته وكذا من الاشتغال بالتطوع لانه يقع فرضا والفرض افضل من النفل والجهر بالقران افضل ان
لم يكن عنده مشغولين ما لم يخالطه رياء وسئل البقالي قراة القرآن في الاوقات التي تكره فيها الصلوة افضل ام الصلوة
على النبي عليه السلام والذكر والتسبيح فقال الصلوة على النبي عليه السلام والدعاء والتسبيح افضل الكل في شرح المنية
وعن النبي عليه الصلوة والسلام افضل عبادة امتي قراة القرآن وقال ما من شفيع افضل منزلة عند الله يوم القيامة من
القران لا نبي ولا ملك ولا غيره وعن علي رضي الله عنه من قراء القران وهو قائم في الصلوة فله بكل حرف مائة حسنة ومن
قراءه وهو جالس في الصلوة كان له بكل حرف خمسون حسنة ومن قراءه في غير صلوة وهو على طهارة فخمس وعشرون حسنة
ومن قراءه على غير وضوء فعشر حسنات كذا في اربعين الغزالي قدس سره **كتاب الفرائض** لا يخفى وجه تاخير هذا الكتاب
الى اخر الكتاب لان ما ذكر في الكتب السابقة سوى احكام الشهيد والجنائز والديات والقسامة متعلق بحال الحيوة
واما ما في هذا الكتاب فكله متعلق بما بعد الموت فان قلت لم يذكر كتاب الفرائض في بعض مأخذ هذا المتن بل في اكثر
كتب الفقه قلنا ان العلماء وان اتفقوا على ان موضوع الفقه هو العمل اختلفوا في موضوع الفرائض قال بعضهم ان
موضوع علم الفرائض قسمة التركة بين المستحقين كما اشار اليه من عرفه بانه علم يبحث فيه عن كيفية قسمة تركة الميت
بين الورثة وقال بعضهم ان موضوعه التركة ومستحقوها فمن ذهب الى الاول كصاحب الكنز والمختار واقتداهما
المصنف اورد الفرائض في كتب الفقه ومن ذهب الى الثاني لم يثبتها في الفقه بل كتبها مفرزا كسراج الدين ونحوه
واما تعميم موضوع علم الفقه فلم يقل به احد كما اشرنا اليه ثم لفظ الفرائض ليس علما للفن المدون اذ كان غير مدون
في عهد النبي عليه السلام حتى يكون في معنى المفرد بل هو جمع فريضة والفرض لغة التقدير يقال فرض القاضي النفقة اي قدرها
والفريضة اصطلاحا ما قدر من السهام في الميراث وسمي هذا العلم فرائض لان الله تعالى قدره بنفسه ولم يفوض تقديره الى
ملك مقرب ولا نبي مرسل وبين نصيب كل واحد من النصف والربع والثمن والثلثان والثلث والسدس بخلاف
سائر الاحكام كالصلوة والزكوة والحج وغيرها فان النصوص فيها مجملة كقوله تعالى اقيموا الصلوة وآتوا الزكوة ولله على
الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا وانما السنة بينتها ثم اعلم ان هذا العلم من اشرف العلوم وقد جاءت
النصوص به وباحثت على تعليمه وتعلمه قال عليه السلام العلم ثلاثة اية محكمة وسنة قائمة وفريضة عادلة وقال عليه السلام
تعلموا الفرائض وعلموها الناس فانها نصف العلم وهي تنسى وهو اول شيء ينزع من امتي وقال امرؤ مقبوض والعلم
مرفوع ويوشك ان يختلف اثنان في الفريضة والمسئلة فلا يجدان احدا يخبرهما فجعله عليه السلام نصف العلم
مع صغر حجمه وقلة مسائله فلولا انه اشرف العلوم لما قابل الكل وهذا كالطيبات فان الشيء القليل من الجواهر وغيرها
انما يقابل الكثير او يساوي اذا كان اشرف منه اما باعتبار احوال الحيوة والممات فان هذا العلم مختص بحال الممات
كما عرفت وغيره بالحيوة او باعتبار اسباب الملك فانها اما جبرية او اختيارية فالاول الميراث والثاني غيره من اسباب

الملك

الملك كالشراء وقبول الهبة والوصية ونحوها ولما قالوا تتعلق بتركة الميت حقوق اربعة مترتبة فيقدم بعضها
على بعض اشار اليه المصنف بقوله يبدأ من تركة الميت التركة بكسر الراء لغة بمعنى المتروك كالطلبة بمعنى المطلوب
واصطلاحا ما تركه خاليا عن تعلق حق الغير بعينه فما تركه من اهله وعياله لا يكون تركة وكذا ما تعلق حق الغير بعينه من
الاموال كالرهن والعبد الجاني والمشتري قبل القبض والمستاجر والعبد المأذون له اذا لحقه الديون فمات المولى
وليس له مال سواه فان كل ذلك يقدم على التجهيز لتعلق تلك الحقوق بالمال قبل صيرورته تركة بتجهيزه تجهيز الميت اتخاذ
جهازه من حين موته الى دفنه من الغسل والكفن والتابوت وغيرها ومؤنة دفنه بلا اسراف وهو حرام لقوله تعالى ان
المبذرين كانوا اخوان الشياطين ولان فيه تفويت حق الغرماء والورثة ولا تقتير قال عليه السلام حسنوا اكفان
الموتى فانهم يتزاورون فيما بينهم ويتفاخرون بحسن اكفانهم ولكونه استخفافا للميت قال السيد الشريف في شرح
السراجية وذلك اما باعتبار العدد فتكفين الرجل باكثر من ثلاثة اثواب والمراة باكثر من خمسة تبذير وباقل مما ذكر
تقتير واما باعتبار القيمة فاذا كان يلبس في حيوته ما قيمته عشرة دراهم مثلا فلو كفن بما قيمته اقل من العشرة
او اكثر منها كان تقتيرا او تبذيرا واذا كان له ثوب يلبسه في الاعياد واخر يلبسه بين اقرانه وثالث يلبسه في
داره يكفن بالثاني لان الاول اعلى والثالث ادنى فالمتوسط اولى وقال بعض قد جاء مشايخنا يعني به الامام
نصير رحمه يكفن الرجل بما يلبسه في الجمع والاعياد والمراة بما يلبسه لزيارة ابويها انتهى والمصنف اختار في شرح المنية
قول نصير حيث قال وينبغي ان يكون الكفن للرجل في النفاسة مثل ملبوسه في الجمع والعيدين وللمراة ما تلبس
في زيارة اهلها وقيل يعتبر باوسط ما يلبسه في الحيوة وفي الرغيناني لو كان في المال كثرة وفي الورثة قلة فكفن السنة
اولى وان كان بالعكس فكفن الكفاية اولى مع جواز كفن السنة وفي جوامع الفقه ليس لصاحب الدين ان يمنع من
كفن السنة وهو يشمل السنة من حيث العدد ومن حيث القيمة وفي حاشية عجم على شرح السيد واعلم ان الابتداء
بالتجهيز بجميع المال عند الجمهور وعليه الفتوى وعند بعض من الثلث مطلقا وعند البعض ان كان قليلا فمن الثلث وان
كان كثيرا فمن جميع المال ثم يقضي ديونه يعني بعد التجهيز والدفن بالوجه المذكور يبدأ بقضاء ديونه من جميع ما بقي من
ماله لقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين والتقديم ذكرا لا يدل على التقديم فعلا وقد قال علي كرم الله وجهه وقد
شهدت النبي عليه السلام قدم الدين على الوصية قال في الاختيار ولان فراغ ذمته من اهم حوائجه قال عليه السلام
الدين حائل بينه وبين الجنة ولان الدين واجب ابتداء والوصية تبرع والبداية بالواجب اولى وانما قدم الوصية
في النظم لانها تشبه الميراث في كونها ماخوذة بلا عوض فيشق اخراجها على الورثة فكانت مظنة للتفريط فيها بخلاف
الدين فان نفوسهم مطمئنة الى ادائه فقدم ذكرها بعثا على ادائها معه وتنبيها على انها مثله في وجوب الاداء
والمسارعة ولذا جمع بينهما بكلمة التسوية والمراد بالدين دين له مطالب من جهة العباد لا دين الزكوة والكفارات
ونحوها لان هذه الديون تسقط بالموت فلا يلزم الورثة اداؤها الا اذا اوصى بها او تبرعوا بها من عندهم لان
الركن في العبادات نية المكلف وفعله وقد فات بموته فلا يتصور بقاء الواجب تحقيقه ان الدنيا دار التكليف والاخرة
دار الجزاء والعبادة اختيارية وليست بجبرية فلا يتصور بقاء الواجب لان الآخرة ليست بدار الابتلاء حتى
يلزمه الفعل فيها ولا العبادة جبرية حتى تتحقق بفعل غيره من غير اختياره فلم يبق الا جبر الفعل وتركه ضرورة بخلاف دين
العباد لان فعله ليس بمقصود فيه ولا نيته الا ترى ان صاحب الدين لو ظفر بجنس حقه اخذه ويجبر بذلك ولا
كذلك حقوق الله تعالى لان المقصود فيها فعله ونيته ابتداء والله غني عن ماله وعن العالمين جميعا غير ان الله تعالى

تصدق على العبد بثلث ماله في اخر عمره يضعها فيما فرط فيه تفضلا منه من غير حاجة اليه فان اوصى به قام فعل الورثة مقام
فعله لوجود اختياره بالايصاء والا فلا كذا في الزيلعي قال السيد ان الدين اذا كان للعباد فالباقي بعد تجهيز الميت
ان وفى به فذاك وان لم يف فان كان الغريم واحدا يعطى له الباقي وما بقي له على الميت ان شاء عفاه وان
شاء تركه الى دار الجزاء وان كان الغريم متعددا فان كان الكل دين الصحة اعني ما كان ثابتا بالبينة او بالاقرار
في زمان صحته او كان الكل دين المرض اعني ما كان ثابتا باقراره في مرضه او ما في حكمه فاقرار من خرج للمبارزة او اخرج
للقتل قصاصا او ليرجم فانه يصرف الباقي اليهم على حسب مقادير ديونهم وان اجتمع الدينان معا يقدم دين
الصحة لكونها اقوى الا يرى انه محجور في مرض موته عن التبرع بما زاد على الثلث ففي اقراره نوع ضعف وكذا دين
الاطلاق اولى من دين الحجر كالعبد الماذون اذا اقر في حالة الاذن ثم اقر بدين في حالة الحجر كان دين حالة الاذن اولى
واما اذا اقر في مرضه بدين علم ثبوته بطريق المعاينة كما يجب بدلا من مال ملكه او استهلكه كان ذلك في الحقيقة من قبيل دين
الصحة وفي حكمه اذ قد علم وجوبه بغير اقراره فلذلك ساواه في الحكم ثم اعلم ان بعض الديون يرجح على البعض من وجوه
اخر سوى الوجوه المذكورة مثلا الدين الثابت على النصراني بشهادة المسلمين مقدم على الدين الثابت بشهادة
اهل الذمة عليه واما الدين الثابت بدعوى المسلم عليه يقدم على الدين الثابت عليه بدعوى كافر وان كان شهودهما
كافرين والمكاتب اذا مات عن وفاء وعليه دين الاجنبي ايضا يقدم على دين المولى كذا في حاشية عجم على شرح
السيد ثم تنفذ وصاياه من ثلث ما بقي بعد قضاء الدين لا من ثلث اصل المال لان ما تقدم من التجهيز وقضاء
الدين قد صار مصروفا في ضروراته التي لا بد له منها فالباقي هو ماله الذي كان له ان يتصرف في ثلثه فان كانت
الوصية بعين تعتبر من الثلث وتنفذ وان كانت بجزء شايع كالثلث والربع فالموصى له شريك الورثة يزداد
نصيبه بزيادة التركة وينقص بنقصانها فيحسب المال ويخرج نصيب الوصية كما يخرج نصيب الورثة وتقدم على
قسمة التركة بين الورثة ومقتضى عبارة الكتاب تقديم الوصية على الارث في مقدار ثلث الباقي بعد الدين سواء
كانت الوصية مطلقة او معينة وهو الصحيح وقال شيخ الاسلام خواهر زاده ان كانت الوصية معينة كانت
مقدمة عليه وان كانت مطلقة كان يوصي بثلث ماله او بربعه كانت في معنى الميراث لشيوعها في التركة
فيكون الموصى له شريكا للورثة لا مقدما عليهم ذكره السيد في شرح السراجية ثم يقسم الباقي بعد الحقوق
الثلاثة المذكورة بين الورثة على ما فرضه الله تعالى في كتابه والارث في اللغة البقاء قال عليه السلام انكم على
ارث من ارث ابيكم ابراهيم اي على بقية من بقايا شريعته والوارث الباقي وهو من اسماء الله تعالى اي الباقي
بعد فناء خلقه وسمي الوارث لبقائه بعد المورث وفي الشرع انتقال مال الغير الى الغير على سبيل الخلافة فكان الوارث
ببقائه انتقل اليه بقية مال الميت والمراد من الورثة هم الذين ثبت ارثهم بالكتاب وقد فصله الله تعالى في سورة
النساء وبالسنة كقوله عليه السلام اطعموا الجدات السدس او بالاجماع كالجد وابن الابن وبنت الابن وساير
من علم توريثهم بالاجماع ويستحق الارث بنسب ونكاح وولاء والمستحقون للتركة لما كانوا عشرة اصناف
مرتبات اشار اليه المصنف بقوله ويبدأ اي يبدأ في تقسيم الباقي بين الورثة باصحاب الفروض وسيأتي تفسير
ذي الفرض وقدمهم على العصبة لقوله عليه السلام الحقوا الفرايض باهلها فما ابقته الفرايض فلاولى عصبة ذكر ثم
يبدأ بالعصبات النسبية وسيأتي تفسير العصبة وقدم النسبية منهم على السببية لان الاولى اقوى لانها
غير قابلة للانفكاك بخلاف السببية فانها قابلة له ولا شك ان ما لا يقبل اقوى مما يقبله كما في الفروض النسبية

نصراني مات وترك الف درهم فجاء مسلم ونصراني فادعى كل واحد منهما الف درهم واقام كل واحد من[illegible] ان هذين النصرانيين فان الالف كلها للمسلم منهما في قول ابي حنيفة ومحمد وزفر وقال ابو يوسف الالف بينهما نصفان [illegible]

والسببية

والنسبية ثم بالمعتق اي بعد العصبات النسبية يبدأ بالعصبة السببية وهو المعتق مذكرا كان او مؤنثا مسلما كان
او كافرا فان من اعتق عبدا او امة كان الولاء له ويرثه به اذا لم يكن له مانع شرعي ويسمى هذا ولاء العتاقة والنعمة قال
الله تعالى في حق زيد بن حارثة مولى رسول الله واذ تقول للذي انعم الله عليه وانعمت عليه اي انعم الله عليه بالاسلام
وانعمت عليه بالعتق ثم عصبته يعني يبدأ عند عدم المعتق بعصبته الذكور لقوله عليه السلام ليس للنساء من الولاء
الا ما اعتقن الحديث ثم الرد اي يبدأ عند عدم المعتق بالرد على ذوي الفروض النسبية بقدر حقوقهم لبقاء قرابتهم بعد
اخذ فرايضهم دون ذوي الفروض السببية لانه لا رد على الزوجين اذ لا قرابة لهما بعد اخذ فروضهما فرع ذكر في القنية
بنات المعتق وذوو ارحامه يرثون في زماننا اذا لم يكن للمعتق وارث من جهة النسب وكذا يرد على الزوج والزوجة
ونقل عن المصادر ان الفتوى اليوم على هذا وفي الخانية وحكي عن بعض مشايخنا انهم يفتون في هذه المسألة بدفع
المال اليهما لا بطريق الارث ولكن لانهما اقرب الى الميت من بيت المال كيف وانه ليس في زماننا بيت المال
وانما كان في زمان الصحابة والتابعين ولو دفع ذلك الى سلطان الوقت او القاضي لا يصرفون الى مصارفه هكذا
كان يفتي القاضي ابو بكر الزرندي وصدر الاسلام كذا في حاشية عجم على شرح السيد للسراجية ثم ذوي الارحام يعني يبدأ
عند عدم الرد لانتفاء ذوي الفروض النسبية بذوي الارحام وسيأتي تفسيرهم وانما اخروا عن الرد لان اصحاب
الفرايض النسبية اقرب الى الميت واعلى درجة منهم ثم مولى الموالات اي عند عدم هؤلاء يبدأ في جميع الميراث
بمولى الموالات وانما اخر عن ذوي الارحام لقرابتهم وفي صحة عقد الموالات اختلاف ذكرناه في كتاب الولاء اعلم ان الولاء
لا يورث فيكون الولاء لاقرب عصبة المعتق مثاله اذا مات المعتق عن ابن وبنت فالولاء كله للابن ولو مات عن بنت
لا غير فالولاء لبيت المال وفي فرايض القاضي الامام عبد الواحد الشهيد في زماننا يعطى لبنت المعتق لان بيت المال صار
في يد الظلمة وعند ابراهيم النخعي الولاء كالملك وهكذا روي عن ابي يوسف كذا في الخلاصة ثم المقر له بنسب لم يثبت
يعني يبدأ عند عدم من تقدم ذكره بالمقر له على الغير بحيث لم يثبت نسبه باقراره من ذلك الغير اذا مات المقر على اقراره
فان هذا المقر له مؤخر في الارث عن مولى الموالاة ومقدم على الموصى له بجميع المال والحاصل انه اعتبر فيه قيود ثلاثة الاول
ان يكون الاقرار بنسبه من المقر متضمنا لاقراره بنسبه على غيره كما اذا اقر بمجهول النسب بانه اخوه فانه يتضمن اقراره على
ابيه بانه ابنه الثاني ان يكون ذلك الغير بحيث لا يثبت به نسبه من ذلك الغير كما اذا لم يصدقه ابوه في هذا النسب
الثالث ان يموت المقر على اقراره وفوائد القيود ظاهرة فاذا اجتمعت هذه الصفات في المقر له صار عندنا وارثا
في المرتبة المذكورة وذلك لان المقر في هذه الصورة كان مقرا بشيئين النسب واستحقاق المال بالارث لكن اقراره
بالنسب باطل لانه تحميل نسبه على غيره والاقرار على الغير دعوى فلا تسمع ويبقى اقراره بالمال صحيحا لانه لا يعدوه الى
غيره اذا لم يكن له وارث معروف كذا في شرح السيد للسراجية ثم الموصى له باكثر من الثلث يعني اذا عدم من تقدم ذكره
يبدأ بمن اوصى له باكثر من ثلث المال ولو بالجميع لان منعه بما زاد على الثلث كان لاجل الورثة فاذا لم يوجد منهم واحد فله
فله عندنا ما عين له كملا وعند الشافعي فليس له الا الثلث فقط وقد مر الدلائل من الطرفين في الوصية وانما اخر هذا عن المقر له بناء
على ان له نوع قرابة بخلاف الموصى له فرع اذا ماتت امرأة وتركت زوجها واوصت بنصف مالها للاجنبي كان للاجنبي
نصف مالها وللزوج ثلث المال والسدس لبيت المال لان الاجنبي يأخذ ثلث المال اولا بلا منازعة فيبقى ثلث المال
فيأخذ الزوج نصف ما بقي وهو الثلث فيبقى ثلث المال فيأخذ الاجنبي تمام وصيته وهو السدس فبقي السدس فيكون
لبيت المال ولو اوصت المرأة بنصف مالها لزوجها ولم توص بوصية اخرى كان جميع مالها للزوج النصف بحكم الميراث

والنصف بحكم الوصية وكذا لو اوصت لزوجها باحد عبديها بعينه فان الزوج يأخذ العبدين جميعا احدهما بحكم الميراث والآخر
بحكم الوصية كذا في قاضي خان ثم بيت المال يعني اذا لم يوجد احد من المذكورين توضع التركة في بيت المال على انها مال
ضايع فصارت لجميع المسلمين فتوضع هناك وليس ذلك بطريق الارث بل توضع بناء على انهم اخوته ألا ترى ان
الذمي اذا لم يكن له وارث يوضع ماله في بيت المال ولا ميراث للمسلمين من الكفار ويشهد له ايضا انه يسوى بين
الذكر والمؤنث من المسلمين في العطية من ذلك المال ولا تسوية بينهما في المواريث وعند الش ان بيت المال
ان كان منتظما يقدم على ذوي الارحام وان لم ينتظم ردا ولا على ذوي الفروض النسبية بنسبة فرايضهم ثم يصرف الى
ذوي الارحام ولا ميراث اصلا عند الش في لمولى الموالاة ولا للمقر له بالنسب على الغير ولا للموصى له بجميع المال كذا في شرح السيد
للسراجية ثم لما كان للارث اسباب تقتضيه كذلك له موانع تنفيه ولم يكن وجود السبب للشيء كافيا في تحققه بل لا بد
من ارتفاع الموانع شرع في ذكر بيان الموانع بقوله ويمنع الارث اربعة الاول الرق كاملا كان كالقن او ناقصا كالمكاتب
والمدبر وام الولد لان الرقيق مملوك لا يملك رقبة شيء اصلا ولا يتملكه للتنافي بين المالكية والمملوكية وقد قال عليه السلام
المكاتب عبد ما بقي عليه درهم فلا يرث ولا يورث عنه والثاني القتل الذي يتعلق به وجوب القصاص او الكفارة كما مر في
في كتاب الجنايات والثالث اختلاف الملتين فلا يرث الكافر من المسلم اجماعا ولا المسلم من الكافر على قول علي وزيد
بن ثابت وعامة الصحابة واليه ذهب علماؤنا والش لقوله عليه السلام لا يتوارث اهل ملتين شتى والقياس
ان يرث لقوله عليه السلام الاسلام يعلو ولا يعلى ومن العلو ان يرث المسلم من الكافر ولا يرث الكافر من المسلم واليه
ذهب معاذ بن جبل ومعاوية بن ابي سفيان والحسن البصري ومحمد بن حنيفة ومحمد بن علي بن الحسين ومسروق
والجواب ان المذكور في الحديث نفس الاسلام حتى ان ثبت الاسلام على وجه ولم يثبت على آخر فانه يثبت ويعلو كالمولود
بين مسلم وكافرة فانه يحكم باسلام الولد او ان المراد العلو بحسب الحجة او بحسب القهر والغلبة او النصرة في العاقبة للمسلمين
ثم ان الكفار يتوارثون فيما بينهم اذا كانوا في دار واحدة بالنسب والسبب لانه محتاج مكلف فيملك بالاسباب الموضوعة

وان اختلفت شرايعهم لما روى سعيد بن جبير عن عمر رض انه قال الكفر ملة واحدة كلها فيتوارثون صح

للملك كالمسلم ولانه بعقد الذمة التحق بالمسلم في المعاملات فيجري التوارث بين اليهودي والنصراني والوثني والمجوسي
بالانساب والاسباب الا الانكحة الباطلة كما سيأتي والرابع اختلاف الدارين حقيقة بان يكون لكل واحد ملك على حدة
ويرى كل واحد منهما قتال الآخر كالروم والصين لان عند ذلك ينقطع الولاية فيما بينهم كدار الاسلام ودار الحرب فلو مات
الحربي في دار الحرب وله اب او ابن ذمي في دار الاسلام او مات الذمي في دار الاسلام وله اب او ابن في دار الحرب
لم يرث احدهما من الآخر لان الذمي من اهل دار الاسلام والحربي من اهل دار الحرب فهما وان اتحدا ملة لكن لتباين
الدارين حقيقة تنقطع الولاية بينهما فتنقطع الوراثة المبنية على الولاية لان الوارث يخلف المورث في ماله ملكا ويدا
وتصرفا او اختلاف الدارين حكما كالمستأمن والذمي او المستأمنين فان الحربي اذا دخل في دار الاسلام
بامان فهو والذمي في دار واحدة حقيقة لكنهما في دارين مختلفين حكما لان الحربي باق على حكم حربه اذ هو يتمكن من الرجوع
الى دار الحرب ولا يمنع منه ولا يتمكن من استدامة الاقامة في دارنا بخلاف الذمي فلا توارث بينهما فاذا مات المستأمن
في دارنا وترك مالا يجب ان يبعثه الى ورثته الذين في دار الحرب وفاء بمقتضى الامان ومن مات من اهل الذمة ولا
وارث له في دارنا فماله لبيت المال لانه لا مستحق له واعلم ان الدار انما تختلف باختلاف المنعة والملك لانقطاع العصمة
فيما بينهم هذا اذا كان يستحل كل منهما قتال الآخر اذا ظفر واما اذا كان بينهما تناصر وتعاون على اعدائهما كانت الدار
واحدة والوراثة ثابتة وليس اختلاف الدار بمانع عند الش اصلا فهو عندنا مانع فيما بين الكفار دون المسلمين

لثبوت

لثبوت التوارث بين اهل البغي واهل العدل وان اختلف المنعة والملك كذا في شرح السيد على السراجية ثم هنا
مانع آخر من الارث وهو جهالة الوارث لالتباسه بغيره وذلك في خمس مسائل سوى مسئلة الغرقى والهدمى التي
تأتي اولها مثل ان يضع رجل ولده في فناء المسجد لصلاة ثم يندم صباحا فيرجع ليأخذه فاذا فيه ولدان ولم يعرف
من هو منهما ومات قبل ان يعرفه فانه لا يرثه واحد منهما ويوضع ماله في بيت المال وثانيها امرأة ارضعت صبيا
مع ولدها فانه لا يرثها احد منهما وثالثها حرة وامة ولدت كل واحدة منهما ولدا في بيت مظلم ولم يعرف ولد الحرة
لا يرثها واحد منهما بل يسعى كل منهما في نصف قيمته لمولى الامة ورابعها مسلم ونصراني استأجرا ارضاعا ولديهما
ظئرا واحدا فكبر ولم يعرف ولد المسلم من ولد النصراني فالولدان مسلمان ولا يرثان من ابويهما وهذه المسئلة ايضا
مثال لعلو الاسلام وخامسها رجل له ابن من حرة وابن من امة الغير فارضعتهما ظئر حتى كبرا فلم يعرف ولد
الحرة فهما حران ويسعى كل واحد منهما في نصف قيمته لمولى الامة كذا في حاشية عصام على شرح السيد والمجمع على توريثهم
من الرجال عشرة الاول الاب اي اب الميت وله ثلاثة احوال احدها الفرض المحض الخالص عن التعصيب وهو السدس
وذلك مع الابن او ابن الابن وان سفل لقوله تع ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد
وولد الولد ولد شرعا بالاجماع قال تعالى يا بني آدم وكذا عرفا قال الشاعر بنونا بنو ابنائنا وبناتنا بنوهن ابناء
الرجال الاجانب وليس دخول ولد الابن في الولد من باب الجمع بين الحقيقة والمجاز بل هو من باب عموم المجاز او عرف
كون حكم ولد الابن كحكم الابن بدليل آخر وهو الاجماع وثانيها الفرض والتعصيب معا وذلك مع الابنة او ابنة الابن
وان سفلت فلو مات وخلف ابا وبنتا فالنصف للبنت والسدس للاب بالفرضية والباقي وهو الثلث للاب
ايضا لكن بطريق العصوبة وثالثها التعصيب المحض وذلك عند عدم الولد وولد الابن لقوله تعالى فان لم يكن له ولد
وورثه ابواه فلامه الثلث اذ يفهم منه بطريق بيان الضرورة ان الباقي للاب فيكون عصبة والثاني ابوه اي ابو الاب
وهو الجد الصحيح اعلم ان الجد كالاب في جميع احكام الميراث الا في اربع مسائل الاولى ان ام الاب لا ترث مع الاب
وترث مع الجد والثانية ما سيأتي ان الميت اذا ترك الابوين واحد الزوجين فلامه ثلث ما بقي بعد نصيب احد
الزوجين ولو كان مكان الاب جد فلامه ثلث جميع المال الا عند ابي يوسف فان لها ثلث الباقي ايضا عنده والثالثة
ان بني الاعيان وهم الاخوة والاخوات لاب وام وبني العلات وهم الاخوة والاخوات لاب فقط كلهم يسقطون
بالاب بالاتفاق ولا يسقطون بالجد الا عند ابي حنيفة والرابعة ان اب المعتق مع ابنه يأخذ سدس الولاء عند ابي
يوسف وليس للجد ذلك بل الولاء كله للابن ولا فرق بينهما عند سائر الائمة اذ لا يأخذ الاب والجد شيئا من الولاء
والثالث الابن اي ابن الميت والرابع ابنه اي ابن ابن الميت قال الله تعالى للرجال نصيب مما ترك الوالدان
الآية والخامس الاخ لاب وام او لاب او لام فلكل احوال والسادس ابنه اي ابن الاخ قال الله تعالى وان كانوا اخوة رجالا
ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين والسابع العم لاب وام او لاب والثامن ابنه اي ابن العم لعموم ما رويناه من قوله
عليه السلام الحقوا الفرائض باهلها فما ابقته الفرائض فلاولى عصبة ذكر والتاسع الزوج قال الله تعالى ولكم نصف ما ترك ازواجكم الآية
والعاشر مولى النعمة قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب وهو آخر العصبات كما سيأتي والمجمع على توريثهن من النساء
سبع الاولى الام قال الله تعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس الآية ولها احوال ثلاثة وسيأتي بيانها والثانية الجدة
ولها السدس لام كانت او لاب واحدة كانت او اكثر اذا كن صحيحات متحاذيات في الدرجة وتسقط الجدات كلهن
بالام وتسقط الابويات ايضا بالاب وكذلك تسقط بالجد الا ام الاب وان علت فانها ترث مع الجد لانها ليست

من قبله والجدة القربى من اى جهة كانت تحجب البعدى من اى جهة كانت وارثة كانت القربى او محجوبة والثالثة البنت
فللصلبية منهن احوال ثلاثة والرابعة بنت الابن ولها احوال ست والخامسة الاخت لاب وام اولاب اولام
فللاخت لابوين خمسة احوال وللاخت لاب سبعة احوال والسادسة الزوجة ولها حالتان وسيأتى تفصيل احوالهم
عند بيان سهامهم المقدرة لهم ان شاء الله تعالى والسابعة مولاة النعمة وبهم اى هؤلاء المذكورون من الرجال والنساء
اذا اخذوا او لو حظوا بجهة نوعان احدهما ذو فرض وثانيهما عصبة فلا يشكل حصر المذكورين فى النوعين بمثل الاب
اذا اجتمع مع البنت فان الاب ح ذو فرض وعصبة معا فذو الفرض من له سهم مقدر اى معين فى باب الميراث
بكتاب الله تعالى او بسنة رسول الله عليه السلام او بالاجماع والسهام المقدرة فى كتاب الله تعالى ستة النصف والربع
والثمن والثلثان والثلث والسدس فالنصف للبنت الصلبية اذا انفردت لقوله تعالى وان كانت واحدة فلها
النصف بهذه احدى حالات البنات الصلبية وثانيها ان الثنتين منها فصاعدا الثلثين كما سيأتى وثالثها التعصيب
عند الاختلاط بالذكر قال الله تعالى يوصيكم الله فى اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين ولبنت الابن عند عدمها اى عند عدم
البنت الصلبية لان اولاد الابن يقومون مقام اولاد الصلب عند عدمهم ذكورهم مقام ذكورهم واناثهم مقام
اناثهم فيرثون ما يرثون ويحجبون ما يحجبون وذلك لان اسم الاولاد يتناول بنات الابن شرعا بالاجماع كما مر بهذه
احدى حالات لبنات الابن وثانيها للثنتين منها فصاعدا الثلثان عند عدم بنات الصلب ايضا ورابعها ان
لها السدس مع الواحدة الصلبية تكملة للثلثين وخامسها انها لا ترث مع الصلبيين الا ان يكون بحذائهن
او اسفل منهن غلام فيعصبهن وسادسها انها اذا صارت عصبة بالغلام كان الباقى من الصلبيين بين بنت الابن
والغلام للذكر مثل حظ الانثيين كما سيأتى وللاخت لابوين لقوله تعالى ان امرء هلك ليس له ولد وله اخت فلها نصف
ما ترك بهذه احدى حالات الاخت لابوين وثانيها ان للثنتين فصاعدا منهن الثلثان وثالثها ان لها مع الاخ لابوين
التعصيب فيكون المال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين ورابعها ان لها الباقى مع البنات او مع بنات الابن وخامسها
انهن تسقطن بالابن وابن الابن وان سفل وبالجد عند ابى حنيفة رح وللاخت لاب عند عدمها اذا انفردت لما تلونا
من النص لان اسم الاخت يتناول الاخت لاب ايضا وانما شرط عدم الاخت او الاخ لابوين لان الاخت
لابوين اقوى فتستحق النصف واخوها عصبة واقوى فيأخذ الكل او الباقى فلا يبقى لها شئ وهذه احدى حالات الاخت
لاب وثانيها ان للثنتين منها فصاعدا الثلثان عند عدم الاخت لابوين وثالثها ان لها السدس مع الاخت
لابوين تكملة للثلثين ورابعها انها لا ترث مع الاختين لابوين الا ان يكون معهن اخ لاب فيعصبهن فيكون
الباقى بينهما للذكر مثل حظ الانثيين وسادستها انها تصير عصبة مع البنات او مع بنات الابن وسابعها انها تسقط
بما تسقط به الاخت لابوين كما ذكرنا وسيأتى وللزوج عند عدم الولد وولد الابن وان سفل لقوله تعالى ولكم نصف ما ترك
ازواجكم ان لم يكن لهن ولد واسم الولد يتناول ولد الولد والربع له اى للزوج عند وجود احدهما اى الولد وولده
لقوله تعالى وان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن وللزوجة وان للوصل تعددت اى الزوجة عند عدمهما اى الولد
وولده وان سفل لقوله تعالى ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد والثمن لها اى للزوجة كذلك اى وان تعددت
عند وجود احدهما اى الولد وولده لقوله تعالى فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم والثلثان لكل اثنين فصاعدا
ممن اى من النساء فرضهن النصف من البنات والاخوات قال تعالى فى حق البنات فان كن نساء فوق
اثنتين فلهن ثلثا ما ترك قال اهل التفسير اى اثنتين فما فوقهما وبنات الابن كبنات الصلب عند عدمها كما مر

[illegible] ... بنات الصلب صح

والثلث

والثلث اى ثلث المال للام عند عدم الولد وولد الابن وان سفل والاثنين من الاخوة والاخوات فصاعدا من اى جهة
كانوا اذ علم ذلك بقوله تعالى فان لم يكن له ولد وورثه ابواه فلامه الثلث فان كان له اخوة فلامه السدس هذا اذا لم يكن
مع الابوين احد الزوجين واما اذا كان معهما احد الزوجين فسهمها ما اشار اليه بقوله ولها اى للام ثلث ما بقى بعد فرض
احد الزوجين فى زوج وابوين او فى زوجة وابوين وهذا مذهب جمهور الصحابة والفقهاء وكان ابن عباس رضه يقول
ان لها ثلث اصل التركة فى هاتين الصورتين متمسكا بانه تعالى جعل لها اولا سدس التركة مع الولد لقوله تعالى ولابويه
لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد ثم ذكر ان لها مع عدمه الثلث لقوله تعالى فان لم يكن له ولد وورثه
ابواه فلامه الثلث فيفهم منه ان المراد ثلث اصل التركة ايضا ويؤيده ان السهام المقدرة كلها بالقياس الى اصلها
بعد الوصية والدين ولنا ان معنى قوله تعالى فان لم يكن له ولد وورثه ابواه فلامه الثلث هو ان لها ثلث ما ورثاه
سواء كان جميع المال او بعضه وذلك لانه لو اريد ثلث الاصل لكفى فى البيان قوله تعالى فان لم يكن له ولد فلامه الثلث
كما قال فى حق البنات وان كانت واحدة فلها النصف بعد قوله تعالى فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك
فيلزم ان يكون قوله وورثه ابواه خاليا عن الفائدة ولو كان مكان الاب فيهما اى فى الصورتين جد فلها اى للام
ثلث الجميع اى جميع المال وهو مذهب ابن عباس واحد الروايتين عن الصديق رضه وروى ذلك ايضا اهل
كوفة عن ابن مسعود رضه فى صورة الزوج خلافا لابى يوسف فان عنده للام مع الجد ثلث الباقى كما مع الاب وهو الرواية
الاخرى عن ابى بكر رضه فعلى هذه الرواية جعل الجد كالاب فيعصب الجد الام كما يعصبها الاب والوجه على الرواية الاولى
هو انا تركنا ظاهر قوله تعالى فلامه الثلث فى حق الاب واولنا بما مر لئلا يلزم تفضيلها عليه مع تساويهما فى القرب
وايدنا تأويله بقول اكثر الصحابة ولا استحالة فى تفضيل الانثى على الذكر مع التفاوت فى الدرجة كما اذا تركت امرأة واختا
لابوين واخا لاب فان للمرأة الربع وللاخت النصف وللاخ الباقى وقد فضلت ههنا الانثى لزيادة قربها على الذكر وللاثنين
فصاعدا من ولد الام قال تعالى فى حق اولاد الام فان كانوا اكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث يقسم ذكورهم واناثهم
بالسوية يعنى ذكورهم واناثهم فى القسمة والاستحقاق سواء اما فى القسمة فلان الانثى منهم تأخذ مثل ما يأخذه الذكر
كما دل عليه جعلهم شركاء فى الثلث واما فى الاستحقاق فلان الواحد منهم مطلقا يستحق السدس كما صرح به المصنف فى
المسئلة الآتية واذا تعددوا ذكورا او اناثا او مختلطين استحقوا الثلث والسدس للواحد منهم اى من اولاد الام
ذكرا كان الواحد او انثى لقوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة او امرأة وله اخ او اخت فلكل واحد منهما السدس
والمراد منه اولاد الام اجماعا ويدل عليه قراءة ابى بن كعب وله اخ او اخت من الام هذه حالة ثانية لاولاد الام ولهم حالة
ثالثة وهى انهم يسقطون بالولد وولد الابن وان سفل وبالاب والجد بالاتفاق لانهم من قبيل الكلالة كما علم من الآية
وقد اشترط فى ارثها عدم الولد والوالد اجماعا لقوله تعالى قل الله يفتيكم فى الكلالة ان امرء هلك ليس له ولد وله
اخت وقوله عليه السلام الكلالة من ليس له ولد ولا والد لكن ولد الابن داخل فى الولد لقوله تعالى يا بنى ادم والجد
داخل فى الوالد لقوله تعالى كما اخرج ابويكم من الجنة وللام عند وجود الولد او عند وجود ولد الابن وان سفل لما تلونا من
قوله تعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد ولفظ الولد يتناول ولد الابن لما مر او عند وجود
الاثنين من الاخوة والاخوات فصاعدا من اى جهة كانوا لما تلونا من قوله تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس ولفظ
الاخوة يتناول الكل للاشتراك فى الاخوة والى هذا ذهب اكثر الصحابة وجمهور الفقهاء خلافا لابن عباس رضه
فانه جعل الثلاثة من الاخوة والاخوات حاجبة للام دون الاثنين فلها معهما الثلث عنده بناء على ان الاخوة

صيغة الجمع فلا يتناول المثنى ورد بان حكم الاثنين في الميراث حكم الجماعة الا ترى ان البنتين كالبنات والاختين كالاخوات
في استحقاق الثلثين فكذا في الحجب وللاب مع وجود الولد او ولد الابن وان سفل لما تلونا من قوله تعالى ولابويه لكل واحد
منهما السدس مما ترك ان كان له ولد واسم الولد يتناول الابن والبنت وقد مر ان ولد الابن داخل في الولد وكذا
اى السدس كما يكون للاب يكون للجد الصحيح عند عدمه اى عند عدم الاب لان الجد يسمى ابا لما تلونا من قوله تعالى يا بني ادم لا يفتننكم
الشيطان كما اخرج ابويكم من الجنة وهو ادم وحوا فاذا كان ابا دخل في النص اما بطريق عموم المجاز او بالاجماع على نحو ما ذكر في
الولد فكان له الاحوال الثلث التي ذكرناها في الاب وله حالة رابعة وهو السقوط بالاب لانه اقرب منه ويدلي به فلا يرث
معه وهو اى الجد الصحيح من لا يدخل في نسبته الى الميت ام وهو اب الاب وان علا فان دخلت في نسبته الى الميت ام
كاب الام او كاب ام الاب فجد فاسد وهو ليس بصاحب فرض بل هو من ذوي الارحام كما سياتي ثم الجد الصحيح
الوارث لا يكون الا واحدا لانه لا يكون الا من جهة الاب والاقرب يسقط الابعد وللجدة الصحيحة وان للوصل تعددت
ولبنت الابن وان تعددت مع وجود الواحدة من بنات الصلب وللاخت لاب كذلك اى وان تعددت
مع وجود الاخت الواحدة لابوين وقد ذكرنا احوالهن فيما تقدم **فصل في العصبة** والعصبة في اللغة عبارة عن
الاحاطة يقال عصب القوم بالرجل اذا احاطوا به حوله وعصبة الرجل قرابته لابيه وفي الاصطلاح وهم نوعان عصبة بالنسب
وعصبة بالسبب اما العصبة النسبية فثلاثة انواع الاول عصبة بنفسه احتراز عن العصبة بغيره وعن العصبة مع غيره
كما سياتي تفسيرهما فالعصبة بنفسه ذكر اعتبر لانثى في نسبته الى الميت لم يكن عصبة كاولاد الام فانهم من ذوات
الفروض وكاب الام وابن البنت فانهما من ذوي الارحام وهو ياخذ ما ابقته الفرايض حتى لو لم تبق شيئا لم ياخذ كما اذا
ترك اما واختين لابوين واخا لاب حيث تاخذ الام الثلث وتاخذ الاختان الثلثين فلم يبق شيء للاخ مع انه عصبة
بنفسه وعند الانفراد عن غيره في الوراثة يحرز جميع المال بجهة واحدة فلا يرد ان صاحب الفرض كالبنت مثلا اذا خلا
عن العصوبة فقد يحرز جميع المال لان استحقاقه لبعضه بالفرضية وللباقي بالرد واقربهم اى اقرب العصبات بانفسهم
جزء الميت وهو الابن وابنه وان سفل قدم البنون على الاب لانهم فروع الميت والاب اصله واتصال الفرع
باصله اظهر من اتصال الاصل بفرعه الا يرى ان الفرع يتبع اصله ويصير مذكورا بذكره دون العكس فان البناء والاشجار
يدخلان في بيع الارض ولا تدخل هي في بيعهما وظهور اتصالهم يدل على انهم اقرب الى الميت في الدرجة حكما وان لم
يكن ذلك حقيقة لان الاتصال من الجانبين بغير واسطة وقدم بنو البنين وان سفلوا على الاب لان سبب استحقاقهم
ايضا البنوة المتقدمة على الابوة وروي ذلك عن ابي بكر وعلي وابن مسعود وابن عباس وزيد بن ثابت قالوا اقرب
العصبات الابن ثم ابن الابن والاب وان كان اقرب من ابن الابن فهو صاحب فرض مع الابن وبنيه والمعتبر
في الترجيح الاستحقاق بجهة التعصيب لا بالفرض كابن الاخ لاب يرث مع الاخت لابوين وان كان اقرب واقوى
جهة ثم اصله اى اصل الميت وهو الاب والجد الصحيح وان علا كون الاب اقرب درجة من الجد ظاهر كظهوره فيما بين
الابن وابن الابن ومن علا من الاجداد اذا تعددوا يقدم منهم من كان اقرب درجة ثم جزء ابيه وهو الاخوة
والاخوات لابوين او لاب وتاخير الاخوة عن الجد وان علا قول ابي حنيفة رح خلافا لهما كما ستقف عليه واطلاق
الحكم ههنا بلا تنبيه على الخلاف يدل على انه المختار للفتوى ثم بنوهم اى بنو الاخوة وان سفلوا وتاخيرهم عنهم لقرب
درجتهم ثم جزء جده اى جزء جد الميت وجمع الضمير في قوله وهم الاعمام لابوين او لاب مع رجوعه الى الجزء باعتبار الخبر
ثم بنوهم اى بنو الاعمام وان سفلوا وتاخير الاعمام وتاخير الاعمام عن الاخوة لبعد الدرجة ثم جد ابيه اى جد اب

المذكورة لان الانثى لا تكون عصبة بنفسها ليس
في نسبته الى الميت انثى فان دخلت صح

الميت كذلك اى وان سفلوا وهكذا لانهم في القرب والدرجة على هذا الترتيب فيكونون في الميراث كذلك كما في ولاية
والعصبة بغيره من فرضه النصف والثلثان وهو اربعة من النسوة الاولى البنت اذ للواحدة النصف وللثنتين
فصاعدا الثلثان والثانية بنت الابن فان حالها كحال البنت عند عدمها والثالثة الاخت لابوين فانها
كذلك اذا لم توجد بنات الصلب وبنات الابن والرابعة الاخت لاب فان حكمها كذلك اذا لم توجد الثلاث
المتقدمة فهؤلاء الاربع يصرن عصبة باخوتهن كما ذكرنا في حالهن ويقسم للذكر مثل حظ الانثيين لما تلونا من قوله
تعالى وان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين ومن لا فرض لها من الاناث واخوها عصبة لا تصير عصبة باخيها
لان النص الوارد في صيرورة الاناث بالذكور عصبة انما هو في حق صنفين البنات بالبنين والاخوات بالاخوة والاناث
في كل واحد منهما ذوات فرض فمن لا فرض لها من الاناث لا يتناولها النص كالعمة لابوين او لاب مع العم كذلك وبنت
الاخ لابوين او لاب مع ابن الاخ كذلك فالمال كله للعم دون العمة في الصورة الاولى ولابن الاخ دون بنت الاخ
في الصورة الثانية وكذا الحال في ابن العم مع بنت العم والعصبة مع غيره الاخوات لابوين او لاب مع البنات وبنات
الابن لما روينا من قوله عليه السلام اجعلوا الاخوات مع البنات عصبة والمراد من الجمعين ههنا هو الجنس واحدا كان
او متعددا والفرق بين هاتين العصبتين ان الغير في العصبة بغيره يكون عصبة بنفسه فيتعدى بسببه العصوبة
الى الانثى وفي العصبة مع غيره لا يكون عصبة بنفسه اصلا بل يكون عصوبة تلك العصبة مجامعة لذلك الغير
وذوي الابوين من العصبات مقدم على ذوي الاب مع تساويهما في الدرجة ذكرا كان ذوي القرابتين من
العصبات او انثى لان ذات القرابتين اقوى قرابة حيث تدلي بجهتها الاب والام وقد قال عليه السلام ان اعيان
بني الاب والام يتوارثون دون بني العلات فبنو الاعيان اولى بالميراث من بني العلات حتى ان الاخت لابوين
اذا صارت عصبة مع البنت الصلبية او بنت الابن تحجب الاخ لاب عند عامة الصحابة والفقهاء خلافا لابن عباس
رضي الله عنه لما ان الاخت لا تصير عصبة مع البنات عنده واما الاخ لابوين فانه مقدم على الاخ لاب بالاجماع وعصبة
ولد الزنا وولد الملاعنة مولى امهما لانه لا اب لهما والنبي عليه السلام الحق ولد الملاعنة بامه فصار كشخص لا قرابة له من
جهة الاب فيرثه قرابة امه ويرثهم فلو ترك بنتا واما والملاعن فللبنت النصف وللام السدس والباقي يرد
عليهما كان لم يكن له اب وكذلك لو كان معهما زوج او زوجة اخذ فرضه والباقي بينهما فرضا وردا ولو ترك
امه واخاه لامه وابن الملاعن فلامه الثلث ولاخيه لامه السدس والباقي رد عليهما ولا شيء لابن الملاعن
لانه لا اخ له من جهة الاب ولو مات ولد الملاعنة ورثه قوم ابيه وهم الاخوة ولا يرثونه قوم جده وهم
الاعمام واولادهم وبهذا يعرف بقية مسائله وهكذا ولد الزنا الا انهما يفترقان في مسئلة واحدة وهو ان ولد
الزنا يرث من توام امه ميراث اخ لام وولد الملاعنة يرث التوام ميراث اخ لاب وام كذا في الاختيار والاب
مع البنات صاحب فرض من جهة وعصبة من اخرى ولما فرغ من بيان العصبات النسبية بانواعها الثلاثة
شرع في العصبة السببية فقال واخر العصبات مولى العتاقة لان عصوبة النسبية حقيقية وعصوبة المعتق
حكمية قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب ولانه احياء معنى بسبب الاعتاق فاشبه الولادة والمراد ان العتيق
اذا لم يكن له عصبة من النسب فعصبته مولاه الذي اعتقه ثم عصبته اى عصبة مولى العتاقة على الترتيب
المذكور في العصبات النسبية ثم المراد بعصبات النسبية ما هو عصبة بنفسه فقط فيقدم جزء المولى وهو ابنه
ثم ابن ابنه الى الاسفل ثم ابوه ثم جده الى الاعلى ثم الاخ لابوين ثم لاب ثم بنوا لاخ الى الاسفل ثم عمه لابوين ثم

لاب ثم بنو العم الى الاسفل ثم جد ابيه وهكذا فمن ترك اب مولاه وابن مولاه فماله كله لابن مولاه عندهما وعند
ابي يوسف للاب السدس والباقي للابن كالنسب ولهما انهما يرثانه بالعصوبة فالاقرب وهو الابن اولى
ولو كان مكان الاب جد فكله اي كل المال للابن اتفاقا لان الجد بعيد من الاب بواسطة الاب فلا يزاحمه الجد في الولاء
بلا خلاف ولو ترك العتيق جد مولاه واخاه فالجد اولى يعني عند ابي حنيفة لانه اقرب الى الميت في العصوبة من الاخ
وعندهما يستويان في الولاء والعصبة انما يأخذ ما فضل عن ذوي الفروض فلو تركت امرأة زوجا واخوة لام واخوة
لابوين واما فالنصف للزوج والسدس للام والثلث للاخوة لام ولا شيء لهم الاخوة لابوين وتسمى المشركة
والحمارية قال في الاختيار المشركة زوج وام واثنان من ولد الام واخوة واخوات من الابوين للزوج النصف وللام السدس
ولاولاد الام الثلث ويسقط الباقون وكذا لو كان مكان الام جدة هذا قول ابي بكر وعمر وعلي وابن مسعود
وهو مذهب اصحابنا وقال ابن مسعود وزيد بن ثابت العصبة من ولد الابوين يشاركون ولد الام في الثلث
وهو قول عمر اخرا فانه قضى اولا مثل مذهبنا فوقعت في العام القابل فاراد ان يقضي بمثل قضائه الاول فقال احد الاخوة
لابوين يا امير المؤمنين هب ان ابانا كان حمارا السنا من ام واحدة فشرك بينهم وقال ذاك على ما قضينا وهذا على
ما نقضي سميت مشركة لان عمر شرك بينهم وحمارية لقوله هب ان ابانا كان حمارا ولو كان مكان الاخوة لابوين اخوة
لاب سقطوا بالاجماع ولا تكون مشركة والصحيح مذهبنا لقوله عليه السلام الحقوا الفرائض باهلها فما ابقته فلاولى
عصبة ذكر وهذا يقتضي تقديم اولاد الام فمن شرك بينهم فقد خالف النص ولانه يوافق الاصول فان اولاد الام
اصحاب فرض بنص الكتاب واولاد الابوين عصبة بنص الكتاب والتشريك مما في ذلك انتهى

فصل في الحجب

هو في اللغة المنع ومنه الحاجب لما يستره بالشيء ويمنعه عن النظر اليه وفي اصطلاح اهل هذا العلم منع شخص معين عن ميراثه
اما كله او بعضه بوجود شخص اخر فهو نوعان الاول حجب حرمان وهو ان يحجب من الميراث بالمرة فيصير محروما بالكلية والثاني
حجب نقصان وهو ان يحجب عن سهم اكثر الى سهم اقل ويتحقق في خمسة نفر من الورثة الزوجين والام وبنت الابن
والاخت لاب واما حجب الحرمان فهو منتف في حق ستة من الورثة الاب والابن والام والزوج والزوجة لان
فرضهم ثابت بكل حال لثبوته بدليل قطعي وبرده من عداهم يحجب الابعد بالاقرب كالابن يحجب اولاد الابن والاخ لابوين
يحجب الاخوة لاب ويحجب ذو القرابة بذي القرابتين كما ذكرنا في العصبات ثم من يدلي اي ينتسب الى الميت بشخص
لا يرث معه الا اولاد الام حيث يدلون بها اي بالام ويرثون معها ومن اشكل ذلك زوج واخت لابوين
واخت لاب للزوج النصف وللاخت لابوين النصف وللاخت لاب السدس تكملة للثلثين اصلها من
ستة وتعول الى سبعة فان كان مع الاخت لاب اخ عصبها ولا ترث شيئا فهذا الاخ المشئوم زوج وام
وابوان وبنت وبنت ابن اصلها من اثني عشر وتعول الى خمسة عشر للزوج الربع ثلاثة وللابوين السدسان
اربعة وللبنت النصف ستة ولبنت الابن السدس سهمان ولو كان مع بنت الابن ابن ابن عصبها سقطت
وتعول الى ثلاثة عشر وهذا ايضا اخ مشئوم اختان لابوين واخت لاب فالمال للاختين فرضا وردا ولا شيء
للاخت لاب فان كان معها اخوها عصبها فلهما الباقي وهو الثلث للذكر مثل حظ الانثيين وهذا الاخ المبارك
كذا في الاختيار ويحجب الاخوة لابوين وكذا الاخوات كذلك بالابن وابنه وان سفل وبالاب بالاتفاق وبالجد
عند ابي حنيفة وقد ذكرنا لانهم اقرب الى الميت من الاخوة ويحجب اولاد العلات اي الاخوة والاخوات لاب بالاخ
لابوين ايضا اي كما يحجبون بالابن وابنه وان سفل وبالاب والجد هذا عند ابي حنيفة ايضا وعندهما لا يحجب الاخوة

لابوين

لابوين او لاب بالجد بل يقاسمونه بان يجعل الجد في القسمة كاحد الاخوة بشرط ان لا يتضرر الجد كما اشار اليه بقوله
وهو اي الجد كاخ ان لم تنقصه المقاسمة عن الثلث عند عدم ذي الفرض او عن السدس عند وجوده اي ذي الفرض
والفتوى على قول الامام ابي حنيفة رح صرح به في السراجية وهو قول ابي بكر ومن تابعه من كبار الصحابة وقال ابن الساعاتي
في شرح المجمع والمختار قول ابي بكر الصديق رضي الله عنه وما ذهبا اليه قول زيد بن ثابت وزفر والحسن ومالك والشافعي
ولكن قال الزاهدي في شرح القدوري وعليه الفتوى وتحقيق الادلة من الطرفين مذكور في شرح السيد واما سقوط
بني الاخياف وهم الاخوة والاخوات لام بالولد وولد الابن وان سفل والاب والجد فمتفق عليه لما عرفت ان
شرط توريثهم كون الميت كلالة واذا استكملت بنات الصلب الثلثين سقطت بنات الابن لعدم بقاء نصيب
بجهة البنتية الا ان يكون بحذائهن اي بحذاء بنات الابن او اسفل منهن ابن فيعصب ذلك الابن من بحذائه
ومن فوقه من ليست بذات سهم وتسقط من دونه فيكون الباقي بينهم للذكر مثل حظ الانثيين مثاله بنتان
وبنت ابن للبنتين الثلثان ولا شيء لبنت الابن وان كان مع بنت الابن اخوها او ابن عمها فللبنتين الثلثان
ولبنت الابن واخيها او ابن عمها الباقي للذكر مثل حظ الانثيين بنتان وبنت ابن وبنت ابن ابن وابن ابن ابن
ابن للبنتين الثلثان والباقي بين بنت الابن ومن دونها للذكر مثل حظ الانثيين كذا في الاختيار واذا استكمل
الاخوات لابوين الثلثين تسقط الاخوات لاب الا ان يكون معهن اخ لاب فيعصبهن لما بينا في بنات الابن
خلافا لابن عباس رضه والجدات كلهن اي سواء كانت من جهة الاب او من جهة الام تسقط بالام لما روي ان النبي
عليه السلام انما اعطى الجدة السدس اذا لم تكن للميت ام ولان الامية تدلي الى الميت بالام وترث بواسطتها فلا ترث
معها لما تقدم ان الاقرب يحجب الابعد وتسقط الابويات دون الاميات بالاب ايضا اي كما تسقط بالام وهو قول
عثمان وعلي وزيد بن ثابت وغيرهم ونقل عن ابن عمر وابن مسعود وابي موسى الاشعري ان ام الاب ترث مع
الاب وكذا تسقط الابويات بالجد الا ام الاب وان علت كام ام الاب وهكذا فانها ترث مع الجد لانها ليست
قرابتها من قبل الجد بل زوجته فهي لا تسقط به بل ترث معه كالام مع الاب هذا اذا كان بعد الجد عن الميت بدرجة واحدة
واما اذا بعد بدرجتين كاب اب الاب فانه يرث معه ابويتان ام اب الاب التي هي زوجة الجد المذكور وام ام الاب
التي هي ام زوجة اب الاب على هذه الصورة وهكذا كلما ازدادت درجات بعد الجد ازداد بحسبها عدد الابويات
التي يرثن معه والجدة القربى منهن اي من الجدات من اي جهة كانت اي سواء كانت من قبل الام او من قبل الاب
تحجب البعدى من اي جهة كانت لان استحقاق الجدة باعتبار الامومة وهي الاصلية ومعنى الاصلية في القربى اظهر واقوى
منه في البعدى سواء كانتا من جهة واحدة او من جهتين وارثة كانت القربى كام الاب عند عدم الاب مع ام ام الام
وكام الام عند عدم الام مع ام ام الاب فانها اذا كانت وارثة تأخذ الفريضة فلا يبقى للبعدى شيء او محجوبة كام الاب
معه اي مع وجود الاب فانها اي ام الاب تحجب ام ام الام فلو خلف ابا وام اب وام ام ام يكون المال كله للاب لانه
حجب امه ومن حجبت ام ام الام لانها اقرب منها وقال الحسن بن زياد ميراث الجدات بينهما ام الام وان كانت البعدى
ام الاب لان ام الاب محجوبة به فلا تحجبها واذا اجتمع جدتان احديهما ذات قرابة واحدة كام ام الاب والاخرى
ذات قرابتين كام اب الاب وهي اي الجدة التي هي ام اب الاب ايضا اي مع هذه الجدة التي هي ام ام الام
صورتها ان امرأة زوجت ابن ابيها بنت بنتها فولد منهما ولد فهذه المرأة جدة لهذا الولد الذي مات من قبل ابيه
لانها ام اب ابيه ومن قبل امه لانها ام ام امه فهي جدة ذات قرابتين ثم نقول هنا كامرأة اخرى قد كانت تزوج

بنتها ابن المرأة الاولى فولد من بنت الاخرى ولد هو ابن ابن الاولى الذي هو اب الميت فهذه الاخرى ام ام اب
الميت فهي ذات قرابة واحدة فهاتان المرأتان جدتان في مرتبة واحدة فاذا اجتمعتا فقد وجدت ذات قرابتين مع ذات
قرابة واحدة فثلث السدس لذات القرابة الواحدة وثلثاه للاخرى اى لذات القرابتين عند محمد فيقسم المال بينهما
اثلاثا باعتبار الجهات وهو قول زفر لان استحقاق الارث باعتبار الاسباب فاذا اجتمع في واحد سببان يتفقان
كجدة من جهتين كان في الصورة واحدا وفي المعنى متعددا فيستحق الارث بسببيه معا كما اذا اجتمع فيه سببان
مختلفان الا يرى انه اذا ترك ابني عم احدهما اخ لام فانه يأخذ ذلك الاخ السدس بالفرض والباقي بينهما نصفين
بالعصوبة وكذا اذا تركت ابني عم احدهما زوجها فانه يأخذ الزوج النصف بالفرضية ويقاسم الاخر في النصف الاخر
بالعصوبة وكذا اذا ترك المجوسي امه وهي اخته لابيه فانها ترث بالسببين معا ونصف عند ابي يوسف اي يقسم
المال بينهما انصافا باعتبار الابدان وهو قول سفيان لان تعدد الجهة ان اقتضى تعدد الاسم كما في الامثلة الثلاثة
المذكورة كان مقتضيا لتعدد الاستحقاق بحسب تعدد الجهة واما اذا لم يقتض تعدد الاسم كان في حكم الجهة الواحدة وما
نحن فيه من هذا القبيل فان ذات القرابتين تسمى بالجدة كذات القرابة الواحدة قال الامام السرخسي لا رواية عن ابي حنيفة
في صورة تعدد قرابة احدى الجدتين وذكر في فرايض الحسن بن عبد الرحمن بن عبد الرزاق الشاشي من اصحاب الشافعي ان
قول ابي حنيفة ومالك والشافعي كقول ابي يوسف كذا في شرح السيد على السراجية والمحروم بالقتل ونحوه كالكفر والرق لا
يحجب وارثا لا نقصانا ولا حرمانا لانهم لا يرثون لعدم الاهلية والعلة تنعدم لفقد الاهلية وتفوت بفوات شرط من
شرايطها كبيع المجنون واذا انعدمت العلة في حقوقهم التحقوا بالعدم في باب الارث وعن ابن مسعود انه يحجب حجب نقصان
ويظهر ذلك في مسائل العول والمحجوب يحجب كما مر في الجدة كالاخوة والاخوات يحجبهم الاب ويحجبون الام من الثلث الى السدس
لان علة الاستحقاق موجودة في حقهم لكن امتنع بالحاجب وهو الاب فجاز ان يظهر حجبها في حق من يرث معها كذا في الاختيار
فصل في العول وهو في اللغة بمعنى الميل الى الجور ومنه قوله تعالى ذلك ادنى الا تعولوا اى تجوروا وبمعنى الغلبة يقال عيل صبره اى
غلب وبمعنى الرفع يقال عال الميزان اذا رفعه وهذا الاخير اقرب المعنى المصطلح عليه ولذا قال واذا زادت سهام الفريضة
على الفريضة بشئ من اجزاء مخرجها فالسدس والثلث الى غير ذلك من الكسور الموجودة فيه فقد عالت وارتفعت والحاصل
ان المخرج بها ضاق عن الوفاء بالفروض المجتمعة فيه ترفع التركة الى عدد اكثر عن ذلك المخرج ثم نقسم حتى يدخل النقصان
في فرايض جميع الورثة على نسبة واحدة وجملة المخارج سبعة اربعة مخارج منها لا تعول اصلا وهي الاثنان والثلاثة
والاربعة والثمانية امثلة ذلك زوج واخت لابوين للزوج النصف وللاخت النصف وكذلك زوج واخت لاب
وتسمى اليتيمتين لانه لا يورث المال بفرضين متساويين الا في هاتين المسئلتين بنت وعصبة نصف وما بقي اصلها
من اثنين اخوان لام واخ لابوين ثلث وما بقي اختان لابوين واخ لاب ثلثان وما بقي اصلها من ثلاثة اختان لابوين
واختان لام ثلثان وثلث زوج وبنت وعصبة ربع ونصف وما بقي اصلها من اربعة زوج وبنت وعصبة ثمن
ونصف وما بقي اصلها من ثمانية زوجة وابن ثمن وما بقي من ثمانية وثلاثة مخارج منها قد تعول اما الستة فانها تعول
الى عشرة وترا وشفعا كان تعول بسدسها الى سبعة فيما اذا اجتمع نصف وثلثان كزوج واختين لابوين او اجتمع نصفان
وسدس كزوج واخت لابوين واخت لام وتعول بنصفها الى تسعة اذا اجتمع نصف وثلثان وثلث كزوج
واختين لابوين واختين لام او اجتمع نصفان وثلث وسدس كزوج واختين لابوين واختين لام وام وشفعا
بان يقول بثلثها الى ثمانية فيما اذا اجتمع نصف وثلثان وسدس كزوج واختين لابوين واخت لام او اجتمع

نصفان

نصفان وثلث كزوج واخت لابوين وام اصلها من ستة وتعول الى ثمانية وهي اول مسئلة عالت في الاسلام
وقعت في خلافة عمر رضي الله عنه فاستشار الصحابة فيها فاشار العباس الى ان يقسم عليهم بقدر سهامهم فصاروا
الى ذلك وفي رواية انه قال لا اجد لكم فرضا في كتاب الله تعالى ولا ادري من قدمه الله فاقدمه ولا من اخره فاؤخره
ولكني رأيت رأيا فان كان صوابا فمن الله وان كان خطاء فمني ارى ان ادخل النقص على الكل فيقسم بالعول
ولم يخالفه احد في ذلك الى ان انتهى الامر الى عثمان فاظهر ابن عباس الخلاف وتعول بثلثها الى عشرة اذا اجتمع
نصف وثلثان وثلث وسدس كزوج واختين لابوين واختين لام وام وهذه المسئلة تسمى شريحية اذ قضى
فيها بان للزوج ثلاثة من عشرة فجعل الزوج يطوف في البلاد ويسأل الناس عن امرأة خلفت زوجا ولم تترك ولدا
ولا ولد ابن ماذا نصيب الزوج فكانوا يقولون النصف فيقول لم يعطني شريح لا نصفا ولا ثلثا فبلغه ذلك
وطلبه وعزره وقال قد سبقني بهذا الحكم امام عادل ورع واراد به عمر رضي الله عنه واما اثنا عشر فانه لم تعول الى
سبعة عشر وترا لا شفعا فتعول بنصف سدسها الى ثلاثة عشر اذا اجتمع ربع وثلثان وسدس كزوجة واختين
لابوين واخت لام وتعول بربعها الى خمسة عشر اذا اجتمع ربع وثلثان وثلث كزوجة واختين لابوين واختين لام
وام وتعول بسدسها وربعها الى سبعة عشر اذا اجتمع ربع وثلثان وثلث وسدس كزوجة واختين لابوين واختين
لام وام واربعة وعشرون تعول الى سبعة وعشرين عولا واحدا في المسئلة المنبرية التي اجتمع فيها الثمن والثلثان
والسدسان وهي امرأة وبنتان وابوان وانما سميت منبرية لانها سئلت عن علي رضي الله عنه على منبر الكوفة فاجاب بها
بداهة فقال السائل اليس للزوجة الثمن فقال صار ثمنها تسعا ومضى على خطبته فتعجبوا من فطنته والرد ضد العول
اذ بالعول ينقص سهام ذوي الفروض ويزداد اصل المسئلة وبالرد يزداد السهام وينقص اصل المسئلة وبعبارة
اخرى في العول يفضل السهام على المخرج والرد بالعكس ولذلك قال فان لا تستغرق سهام الفريضة عند عدم العصبة
المستحقها فيرد الباقي على ذوي السهام سوى الزوجين بقدر سهامهم سوى الزوجين فانهما لا يرد عليهما عند
عامة الصحابة وبه اخذ اصحابنا وقال زيد بن ثابت يرد الفاضل على ذوي الفروض بل لبيت المال وبه اخذ مالك
والشافعي كذا في السراجية لكن المحققون من اصحاب الشافعي قالوا لو اندرس بيت المال يرد الفاضل على ذوي
الفروض بنسبة فرايضهم والا كان لبيت المال فان كان من يرد عليه جنسا واحدا كما اذا ترك الميت بنتين او
جدتين او اختين كلتاهما لابوين او لاب او لام فالمسئلة من عدد رؤوسهم فتجعل من اثنين فيعطى لكل واحدة
منهما نصف التركة لتساويهما في الاستحقاق ورجوع جميع المال اليهما على السوية فتكون القسمة على عدد رؤوسهما
كما في العصبات فيما اذا ترك ابنين او اخوين مثلا في تقسيم الكل كذلك ابتداء قطع لتطويل المسافة في القسمة وان
كانوا اي من يرد عليه عند عدم من لا يرد عليه جنسين او اكثر منهما فمن اي فالمسئلة من عدد سهامهم فمن اي فتجعل من
اثنين لو كان في المسئلة سدسان كجدة واخت لام لان المسئلة من ستة ولهما منها اثنان بالفرضية فاجعل
الاثنين اصل المسئلة واقسم التركة عليهما نصفين فلكل واحد منهما نصف المال ومن ثلاثة لو كان فيها سدس
وثلث كاخوين لام وجدة او ام واخ لام او ام واخوين لام لان المسئلة على هذا التقدير ايضا من ستة ومجموع السهام
المأخوذة للورثة المذكورة ثلاثة فاجعلها اصل المسئلة واقسم التركة اثلاثا فلولد الام ثلثان من المال وللام
ثلثه وعلى هذا باقي الصور ومن اربعة لو كان فيها سدس ونصف كبنت وبنات ابن او اخت لابوين واخوات
لاب او اخت لاب واخ لام او جدة مع واحدة ممن يستحق النصف من الثلثة ومن خمسة لو كان فيها ثلث

ونصف كالاختين لام واختين لابوين اوكام واخت لابوين او سدسان ونصف كام ولبنت ابن وبنت
او ثلثان وسدس كبنتين وام فان كان مع الاول اى مع الجنس الواحد ممن يرد عليه من لا يرد عليه كالزوج والزوجة
اعطى فرضه اى فرض من لا يرد عليه من اقل مخارجه ثم اقسم الباقى على رؤوسهم فان استقام الباقى على عدد رؤوس من
من يرد عليه فلا حاجة حينئذ الى الضرب كزوج وثلاث بنات اقل مخرج من لا يرد عليه فان اعطيت الزوج واحدا منها بقى
ثلاثة وهى مستقيمة على عدد رؤوس البنات والا اى وان لم يستقم ذلك الباقى على عدد رؤوس من يرد عليه فى مخرج من
يرد عليهم فان وافق عدد رؤوسهم ذلك الباقى ضرب وفق رؤوسهم اى رؤوس صح
لا يرد عليه فاصل يقع هذه المسئلة كزوج وست بنات فان اقل فرض من لا يرد عليه اربعة فاذا اعطيت الزوج واحدا
منها بقى ثلاثة فلا يستقيم على عدد رؤوس البنات الست لكن بينهما موافقة بالثلث اذ لا عبرة بالمداخلة فاضرب وفق
عدد رؤوسهن وهو اثنان فى الاربعة يبلغ ثمانية فللزوج منها اثنان وللبنات ستة وان باين ضرب كل عدد
رؤوسهم فيه اى فى مخرج لا يرد عليه فالمبلغ الحاصل من هذا الضرب تصحيح المسئلة كزوج وخمس بنات هذا مثال
المباينة اصلها من اثنى عشر لاجتماع الربع والثلثين لكنه ما يرد شئ منهما الى الاربعة التى هى اقل مخارج فرض من لا يرد
عليه فاذا اعطينا الزوج سهما واحدا منها بقى ثلاثة فلا يستقيم على البنات الخمس بل بينهما وبين عدد الرؤوس
مباينة فضربنا كل عدد رؤوسهن فى مخرج فرض من لا يرد عليه اى فى الاربعة فحصل عشرون ومنها تصح المسئلة اذ كان
للزوج واحد ضربناه فى المضروب الذى هو خمسة فكان خمسة فاعطيناها اياه وكان للبنات ثلاثة ضربناها فى
الخمسة حصل خمسة عشر فلكل واحدة منهن ثلاثة وان كان مع الثانى وهو الجنسان او اكثر ممن يرد عليه من لا يرد عليه فاقسم
الباقى من فرض من لا يرد عليه على مسئلة من يرد عليه فان استقام الباقى من ذلك المخرج على هذه المسئلة فيها كزوجة واربعة
جدات وست اخوات لام فان اقل مخرج فرض من لا يرد عليه اربعة فاذا اخذت المرأة واحدا منها بقى ثلاثة وهى ههنا
مستقيمة على مسئلة من يرد عليه لانها ايضا ثلاثة لان حق الاخوات لام الثلث وحق الجدات السدس فللاخوات
سهمان وللجدات سهم واحد ففى هذه الصورة استقام الباقى على مسئلة من يرد عليه لكن نصيب الجدات
الاربع واحد فلا يستقيم عليهن بل بينهما مباينة فحفظنا عدد رؤوسهن باسرهم وكذا نصيب الاخوات الست
اثنان فلا يستقيمان عليهن لكن بين عدد رؤوسهن وسهامهن موافقة بالنصف فرددنا عدد رؤوس
الاخوات الى نصفها وهو ثلاثة ثم طلبنا التوافق بين اعداد الرؤوس والرؤوس فلم نجدها الا مباينة فضربنا
وفق رؤوس الاخوات وهو الثلاثة فى كل عدد رؤوس الجدات وهو الاربعة فحصل اثنا عشر ثم ضربناها فى الاربعة
التى هى مخرج فرض من لا يرد عليه فصار ثمانية واربعين فمنها تصح المسئلة اذ كان للزوجة فضربناه من المضروب
الذى هو اثنا عشر فلم يتغير فاعطيناها الزوجة وكان للجدات ايضا واحد ضربناه فى ذلك المضروب فكان اثنى عشر
فلكل واحدة منهن ثلاثة وكان للاخوات لام اثنان فضربناهما فيه بلغ اربعة وعشرين فلكل واحدة منهن اربعة
والا اى وان لم يستقم ما بقى من مخرج فرض من لا يرد عليه على مسئلة من يرد عليه ضرب جميع مسئلتهم اى مسئلة
من يرد عليهم فى مخرج فرض من لا يرد عليه كاربع زوجات وتسع بنات وست جدات اذ اصل هذه المسئلة
من اربعة وعشرين لاختلاط الثمن بالثلثين والسدس لكنها ردية فرددناها الى اقل مخارج فرض من لا يرد
وهو الثمانية فاذا دفعنا ثمنها الى الزوجات بقى سبعة فلا يستقيم على الخمسة التى هى مسئلة من يرد عليه ههنا
لان الفرضين ثلثان وسدس بل بينهما مباينة فيضرب جميع مسئلة من يرد عليه اعنى الخمسة فى مخرج فرض من لا يرد
عليه وهو الثمانية فيبلغ اربعين فهذا المبلغ مخرج فروض الفريقين وان اراد ان تعرف حصة كل فريق منهما

هذا الموضع

هذا المبلغ الذى هو مخرج فروضهما فطريقه ما اشار اليه المصنف بقوله ثم يضرب سهام من يرد عليه من اقل مخرج فرض فى
مسئلة من يرد عليه فيكون الحاصل نصيب من لا يرد عليه وذلك لان حق كل فريق ممن يرد عليه انما هو الباقى من مخرج فرض
من لا يرد عليه بقدر سهامهم ففى المسئلة المذكورة للزوجات من ذلك المخرج واحد فاذا ضربناه فى الخمسة التى هى
مسئلة من يرد عليه كان الحاصل خمسة فهى حق الزوجات من الاربعين وللبنات من مسئلة من يرد عليه اربعة فاذا
ضربناها فيما بقى من مخرج فرض من لا يرد عليه وهو سبعة بلغ ثمانية وعشرين فهى لهن من الاربعين وللجدات من
مسئلة من يرد عليه واحد فاذا ضربناه فى السبعة كان سبعة فهى للجدات فقدم استقام هذا فرض من
لا يرد عليه وفرض كل فريق ممن يرد عليه وان لم يستقم على احاد كل فريق فلذا قال وتصحح هذه المسئلة بالاصول الآتية
لبيان انه اذا انكسر سهام كل فريق من الورثة على عدد رؤوسهم فان باين سهامهم فكذا وان وافق فكذا ففى
الصورة التى نحن فيها كان من الاربعين نصيب الزوجات التى خمسة فبين رؤوسهن وسهامهن مباينة فاخذنا
مجموع عدد رؤوسهن وكان سهام البنات التسع منها ثمانية وعشرين فبين الرؤوس والسهام مباينة فتركنا
عدد رؤوسهن بحاله وكان سهام الجدات الست منها سبعة وبينهما ايضا مباينة فاخذنا عدد رؤوسهن باسره
ثم طلبنا بين اعداد الرؤوس والرؤوس الموافقة فوجدنا ان رؤوس الجدات ورؤوس الزوجات موافقة بالنصف
فضربنا نصف الاربعة فى الستة فبلغ اثنى عشر وهى متوافقة برؤوس البنات التسع بالثلث فضربنا ثلث التسعة
فى اثنى عشر فحصل ستة وثلاثون فضربنا هذا الحاصل فى الاربعين فبلغ الفا واربعمائة واربعين فمنها تصح المسئلة
على احاد الفريق كان نصيب الزوجات من الاربعين خمسة وقد ضربناها فى المضروب الذى هو ستة وثلثون فبلغ
مائة وثمانين فلكل واحدة من الزوجات خمسة واربعين وكان نصيب البنات منها ثمانية وعشرين وقد ضربناها فى
ذلك المضروب فصار الفا وثمانية فلكل واحدة منهن مائة واثنى عشر وكان نصيب الجدات منها سبعة وقد ضربناها
فى ذلك المضروب المذكور فصار مائتين واثنين وخمسين فلكل واحدة من الجدات اثنان واربعون كذا فى شرح السيد
على السراجية فصل فى توريث ذوى الارحام وذو الرحم فى اللغة القرابة مطلقا اى سواء كانت من جهة الولاء اولا وفى الشرع
كل قريب ليس بعصبة ولا بذى سهم اى بذى فرض مقدر فى كتاب الله تعالى فليس السهم ههنا بمعنى الحصة مطلقا
حتى يرد عليه ان الرحم اذا لم يكن ذا حصة لا يكون وارثا ووضع الفصل لتوريثه واعلم ان ذا الرحم كل قريب الى الميت
وليس بذى فرض ولا عصبة لكنه بمعنى العصبة فمن انفرد من ذوى الارحام اخذ جميع المال لانهم يدلون بالقرابة وليس لهم
سهم مقدر فكانوا كالعصبات وهذا معنى قوله ويرث كما يرث العصبة عند عدم ذوى السهم قال عامة الصحابة يتوارث
ذوو الارحام وهو مذهبنا وقال زيد بن ثابت لا ميراث لهم ويوضع المال فى بيت المال وبه قال مالك والشافعى لنا قوله
تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض فى كتاب الله اى اولى بالميراث بعض بالنقل وقال عليه السلام الخال وارث من لا
وارث له وروى ان ثابت بن الدحداح مات فقال رسول الله تعالى صلى الله عليه وسلم لعاصم بن عدى هل تعرفون له
فيكم نسبا فقال انما كان اتيا فينا اى غريبا فجعل ميراثه لابن اخته ابى لبابة بن عبد المنذر كذا فى الاختيار وبه قال
ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد وزفر ومن تابعهم وقيل ذهب ابو بكر وعمر وعثمان وزيد بن ثابت وعبيد بن زيد الى ان
لا ميراث لذوى الارحام وفى بعض الروايات حكى القاضى ابو حازم اتفاق الخلفاء الراشدين على توريثهم والصحيح
هذه الرواية فانه حكى ان المعتضد سأل ابا حازم عن هذه المسئلة فقال اجمع اصحاب رسول الله عليه السلام غير زيد بن
ثابت على توريث ذوى الارحام ولا يعتد بقوله بمقابلة اجماعهم فقال المعتضد اليس انه يروى عن ابى بكر وعمر وعثمان فقال كلا

وقد كذب من يروي ذلك عنهم وامر المقتصد برد ما كان في بيت المال مما اخذ من تركة من كان وارثه من ذوي الارحام وقد صدق ابو حازم فيما قال وقد روي عن ابي بكر رضي الله عنه قال انا اسف على شيء على اني لم اسأل عن ثلاث عن هذا الامر اهو فينا فنتمسك به ام في غيرنا فنسلمه اليه وعن الانصار هل لهم في هذا الامر شيء وعن توريث ذوي الارحام فاني لم اسمع من رسول الله عليه السلام شيئا ولكن ورثتهم برأي كذا في حاشية عصام على شرح السيد رحمه واعلم ان ذوي الارحام اصناف اربعة الصنف الاول ينتمي الى الميت كاولاد البنات واولاد بنات الابن والصنف الثاني ينتمي اليه الميت بانثى كالاجداد الفاسدة والجدات الفاسدات والصنف الثالث ينتمي الى ابوي الميت كاولاد الاخوات لابوين او لاب او لام واولاد الاخوة كلهم واولاد الاخوة لام والصنف الرابع ينتمي الى جدي الميت كالاخوال والخالات والاعمام لام والعمات وبنات الاعمام كلهم واولاد هؤلاء ومن يدلي بهم فاولاهم بالميراث الصنف الاول ولا يعتبر فيه اسباب الترجيح كالقرب وغيره حتى كان الصنف الاول مطلقا اولى من الثاني سواء اقرب او ابعد ثم الثاني ثم الثالث ثم الرابع وفي الصنف الواحد اذا اجتمعوا فاولاهم بالميراث اقربهم الى الميت كذا في الخلاصة وقد اختلفت الرواية عن ابي حنيفة في تقديم بعض هذه الاصناف على بعض روى ابو سليمان عن محمد عن ابي حنيفة ان اقرب الاصناف الى الميت واقدمهم في الوراثة عنه هو الصنف الثاني وهم الساقطون من الاجداد والجدات وان علوا ثم الصنف الاول وان سفلوا ثم الثالث وان نزلوا ثم الرابع وان بعدوا بالعلو والسفل وروى ابو يوسف والحسن بن زياد عن ابي حنيفة وابن سماعة عن محمد عن ابي حنيفة ان اقرب الاصناف واقدمهم في الميراث الصنف الاول ثم الثاني ثم الثالث ثم الرابع قال في السراجية وهو المأخوذ للفتوى ويحكى عن ابي عبد الله الفرائضي انه كان يوفق بين الروايتين ويقول ما رواه محمد عن ابي حنيفة قوله الاول وما رواه ابو يوسف عنه قوله الاخير وجه الرواية الاولى ان الجد اب الام اقوى سببا من اولاد البنات لان الانثى التي في زوجته اعني ام الام صاحبة فرض دون الانثى التي في درجة ابن الميت وهي بنت البنت فانها ليست بصاحبة فرض وايضا الجد اب الام يساوي ولد البنت في الاتصال بالميت بواسطة واحدة ثم للجد زيادة قرب حكما حتى قالوا لا يقتص هو بالميت بخلاف ولد البنت فانه يقتص به فيكون مقدما عليه والوجه في الرواية المأخوذة ان ذوي الارحام هم يرثون على سبيل التعصيب من وجه اذ يقدم منهم الاقرب فالاقرب فوجب ان يعتبروا في التوريث بالعصبات من وجه اذ يقدم منهم الاقرب وقد تقدم في العصبات من كل وجه ان ابن ابن الميت مقدم على الجد اب الاب وسائر العصبات وان كان هذا الجد لا يقتص به وابن الابن يقتص به فكذا في ذوي الارحام يقدم اولاد البنت على الجد اب الام ثم عند ابي يوسف ومحمد الصنف الثالث مقدم على الجد اب الام فمن انفرد منهم اي من ذوي الارحام احرز جميع المال تفريع على قوله يرث كما يرث العصبة وهذا يترجحون يعني فيما بين احاد الصنف الواحد بقرب الدرجة ففي الصنف الاول مثلا اولاهم بالميراث اقربهم الى الميت كبنت البنت فانها اولى من بنت بنت الابن لان الاولى تدلي الى الميت بواسطة واحدة والثانية بواسطتين وهذا قول اهل القرابة وهم ابو حنيفة وصاحباه وزفر وعيسى بن ابان قالوا استحقاق ذوي الارحام باعتبار معنى العصوبة ولهذا قدم بالاصناف الاربعة من هو اقرب ويحوي الواحد منهم جميع المال وفي العصوبة الحقيقية يكون زيادة القرب تارة بقلة الدرجة واخرى بقوة السبب كما في تقديم البنوة على الابوة فكذلك فيما فيه معنى العصوبة يثبت التقديم بقرب الدرجة كما يثبت بقوة السبب ففي الصورة المذكورة يكون المال كله لبنت البنت واما اهل التنزيل وهم الذين ينزلون المدلي بمنزلة المدلى به في الاستحقاق كعلقمة والشعبي ومسروق وابي عبيدة والقاسم بن سلام والحسن بن زياد فيجعلون المال بينهما كذا في شرح السيد على

السراجية

السراجية ثم ان استووا في الدرجة بان يدلون كلهم الى الميت بدرجتين او بثلاث درجات مثلا فحينئذ يعتبر الترجيح بقوة القرابة كبنت بنت اخ وبنت ابن اخ فان المال للثانية لانها ولد عصبة وارث فكان اقوى قرابة ثم يكون الاصل وارثا فان ولد الوارث اولى من ولد ذوي الارحام لان له زيادة في القرب باعتبار اصله كبنت بنت الابن فانها اولى من ابن بنت البنت لان الاولى ولد بنت الابن وهي صاحبة فرض والثانية ولد بنت البنت وهي ذات رحم والسبب في هذه الاولوية ان ولد الوارث اقرب حكما والترجيح يكون بالقرب الحقيقي ان وجد والا فبالقرب الحكمي كذا في شرح السيد على السراجية وقال في الخلاصة فان استووا في القرب فمن كان ولد عصبة او صاحب فرض فهو اولى واما ولد الوارث هو اولى فالصحيح انه ليس باولى مثاله بنت بنت بنت وبنت بنت ابن فبنت بنت الابن اولى لانها ولد صاحب الفرض وكذا لو ترك بنت بنت اخ وبنت ابن اخ فبنت ابن الاخ اولى لانها ولد عصبة ولو كان احدهما ولد صاحب فرض والاخر ولد عصبة كبنت الاخ مع بنت الاخت فهما سواء والمال بينهما نصفان ولو كان احدهما اقرب فهو اولى وان كان الابعد ولد عصبة او صاحب فرض كبنت بنت البنت مع بنت بنت ابن الابن فبنت بنت البنت اولى وكذا بنت بنت الاخت مقدمة على بنت ابن ابن الاخ لقربها بنت بنت بنت وبنت بنت ابن المال بينهما نصفان هو الصحيح لما ذكرنا ان ولد ولد الوارث ليس باولى انتهى هذا عند اتحاد الجهة بان يكون الكل من جهة الاب او من جهة الام فان اختلفت الجهة فلقرابة الاب الثلثان ولقرابة الام الثلث اعتبارا بالاصل وهذا انما يتصور في الاصول والعمات والاخوال لا في الفروع كما لا يخفى ثم اي بعد رعاية مقتضيات التراجيح المتقدمة على الترتيب المذكور يعتبر الترجيح في كل فريق من الاصناف الاربعة كما لو انفرد واحد منهم وعند الاستواء في القرب والقوة والجهة للذكر مثل حظ الانثيين يعني ان استووا في القرب والادلاء فان اتفقت الاباء والامهات فالمال بينهما على السواء ان كانوا ذكورا او اناثا وان كانوا مختلطين فللذكر مثل حظ الانثيين مثاله بنت بنت ابن وبنت بنت ابن المال بينهما على السواء وكذلك ابن بنت بنت وابن بنت بنت وبنت بنت بنت وابن بنت بنت المال بينهما اثلاثا وتعتبر ابدان الفروع الكائنة في الدرجات المذكورة ان اتفقت الاصول في الذكورة والانوثة كابن البنت وبنت البنت فيجعل للذكر مثل حظ الانثيين في قولهم جميعا وكذا ان اختلفت الاصول كبنت ابن البنت وابن بنت البنت عند ابي يوسف في قوله الاخير وهو قول الحسن بن زياد وفي رواية شاذة عن ابي حنيفة ان العبرة للابدان لا للاصول وعند محمد وهو اشهر الروايتين عن ابي حنيفة يؤخذ الصفة في الاصول في الذكورة والانوثة ويؤخذ العدد من الفروع فيقسم المال على اصولهم ويعتبر الاصل الواحد متعددا بتعدد اولاده ثم يعطي لكل فرع ميراث اصله ويجعل كل انثى تدلي الى الميت بذكر ذكرا وكل ذكر يدلي الى الميت بانثى انثى سواء كان اولادهما باب واحد او باكثر او بام واحدة او اكثر ثم يقسم سهام كل فريق بينهم بالسوية ان اتفقت صفاتهم وان اختلفت فللذكر مثل حظ الانثيين لمحمد ان الفرع انما يتلقى الميراث بواسطة الاصول فيجب ان يكون العبرة للاصول ولابي يوسف ان ذوي الارحام انما يرثون بالقرابة كالعصبات وكل واحد يستبد بنفسه في اصل الاستحقاق فيعتبر الابدان كالعصبات مثاله بنت بنت ابن وابن بنت ابن المال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين بالاجماع بنت بنت بنت وبنت ابن بنت المال بينهما نصفان عند ابي يوسف باعتبار الابدان وعند محمد اثلاثا باعتبار الاصول كانه مات عن بنت بنت وابن بنت ثم ينتقل نصيب الابن الى بنته ونصيب البنت الى بنتها واذا كان في اولاد البنات المتساوية في الدرجة بطون مختلفة يقسم المال على اول بطن وقع فيه الاختلاف في الاصول بالذكورة والانوثة للذكر مثل حظ الانثيين ثم يجعل كل … الذكور

والاناث من ذلك البطن طائفة على حدة فيقسم نصيب كل طائفة منهما على اول بطن اختلف فيه كذلك المذكور
ان كان الاختلاف والا دفع حصته كل اصل الى فرعه وتمام تفصيله في شرح السيد ويقول محمد يفتى قال في السراجية وقول
محمد اشهر الروايتين عن ابي حنيفة في جميع احكام ذوي الارحام وذكر بعضهم ان مشائخ بخارى اخذوا بقول ابي يوسف
في مسائل ذوي الارحام ثم جزء الميت فهم اولاد البنات واولاد بنات الابن وان سفلن ثم اصل الى الميت فهم
الاجداد الفاسدون والجدات الفاسدات ثم جزء ابيه وهم اولاد الاخوات واولاد الاخوة لام وبنات الاخوة
ثم جزء جديه وامه وهم الاعمات الاب او لام وخالاته واخوالهما واعمام الاب لام واعمام الام وبنات اعمامهما
واولاد اعمام الام وهذا ظاهر لمن عرف الترتيب في انواع الاقرباء من العصبات وتفصيل مسائل ذوي الارحام في الكتب
المبسوطة ومن مناقب الامام الاعظم ابي حنيفة رح ان امراة جاءت الى ابي حنيفة فشكت وقال مات اخي وترك ستمائة
دينار فما قسموا التركة وما دفعوا الي الا دينارا واحدا قال لهم عدول اليس اخاك ترك بنتين وامراة وام واثنا
عشر اخا واختا واحدة قالت نعم قال رح المسئلة من اربعة وعشرين والتصحيح من ستمائة ونصيبك دينار واحد ذكره في
الخلاصة **فصل** والغرقى والهدمى والحرقى والقتلى اذا لم يعلم ايهم مات اولا يعني اذا مات جماعة وبينهم قرابة ولا
يدرى ايهم مات اولا كما اذا غرقوا في السفينة او سقط عليهم الجدار او سقف بيت او وقعوا في الدار وقعة او قتلوا
في المعركة ولم يعلم التقدم والتأخر في موتهم جعلوا كانهم ماتوا معا فيقسم مال كل واحد منهم على ورثته الاحياء ولا يرث
بعض الاموات من بعض وهو قول عامة الصحابة والعلماء وعن ابن مسعود انه تورث بعضهم من بعض الا ما ورث كل
واحد منهم من صاحبه فانه لا يرث منه والا لزم ان يرث كل واحد من مال نفسه ولا شك في بطلانه واليه ذهب ابن ابي ليلى
ووجهه ان سبب استحقاق كل واحد منهم ميراث صاحبه من حيوته بعد موته وحيوته كانت ثابتة والاصل بقاؤها الى ما
بعد موت الآخر لان الموت حادث والاصل في الحادث ان يضاف الى اقرب الاوقات وسبب الحرمان موت قبل موت
الآخر وهو مشكوك واليقين لا يزول بالشك كمن تيقن بالطهارة وشك في الحدث او بالعكس والصحيح قول العامة لانه احتمل
موتهم معا واحتمل تقدم احدهما وتاخره فوقع الشك في استحقاقه الميراث واستحقاق الاحياء متيقن فلا يعارضه الشك
وما ذكر من بقاء الحيوان انما هو بطريق الظاهر واستصحاب الحال دون اليقين وقد تقرر في الاصول ان الاستصحاب يصلح
للدفع لا للاستحقاق فلا يفيد فيما نحن فيه وان اجتمع ابنا عم احدهما اخ لام اعطي السدس فرضا ثم اقتسما الباقي عصوبة
مسئلة مستقلة غير متعلقة بما قبلها ماخوذة من القدوري فيها خلاف ابن مسعود فعنده المال كله للاخ لام وعند الجمهور
سدس المال للاخ لام بالفرضية والباقي بينهما بالعصوبة اصلها من ستة وتصح من اثني عشر سبعة لابن عم هو
اخ لام وخمسة للآخر ولا يرث المجوسي بالانكحة الباطلة لبطلانها ويرث بالقرابة لثبوتها كما لو ماتت وتركت امراة
هي امه او اخته ترث بالامومة والاخوة دون الزوجية وان اجتمع فيه اي في المجوسي قرابتان وكانتا بحيث
لو انفردتا اي القرابتان في شخصين ورثنا بهما يرث المجوسي بهما وهو مذهب عامة الصحابة رضهم وقال زيد بن
ثابت يرث باثبتهما وهي التي يورث بها بكل حال وبه قال مالك والشافعي والصحيح قول العامة لان كل واحد
من القرابتين بانفرادها علة صالحة لاستحقاق الارث ويجوز ان يستحق الواحد المال بجهتين اذا وجد سببا
استحقاق كابني عم احدهما اخ لام او زوج كما تقدم آنفا ولا يلزم الاخت لابوين حيث لا ترث بقرابتي الابوة
والامومة لان الشرع جعلها قرابة واحدة في التوريث نصا لا قياسا وصورته مجوسي تزوج بنته فولدت منه بنتا
ثم مات فقد ماتت عن بنتين فلهما الثلثان والباقي للعصبة ويسقط اعتبار الزوجية ولو ماتت بعده البنت

التي هي

التي هي زوجته فقد ماتت عن بنت هي اختها فلها جميع المال النصف بالبنتية والنصف بالعصبية الاختية
وعند زيد لها النصف بالبنتية لا غير ولو ماتت بعده البنت المولودة فقد خلفت امها وهي اختها من الاب فلها
الثلث بالامومة والنصف بالاختية والباقي للعصبة وعند زيد لها الثلث بالامومة لا غير لانها اثبتهما قرابة لانها
لا تحجب بحال واذا اترافعوا الينا قسمنا بينهم كالقسمة بين المسلمين قال الله تعالى فان جاؤك فاحكم بينهم بما انزل
الله تعالى وهو مروي عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس ورواية عن زيد كذا في الاختيار وان كانت احديهما
تحجب الاخرى ترث بالحاجبية كما اذا تزوج مجوسي امه فولدت له ابنا فهذا الولد ابنها فيرث منها اذا ماتت على انه ابن
ولا يرث على انه ابن ابن لان ابن الابن يحجب بالابن ويوقف للحمل يعني اذا ترك الميت امراته حاملا او غيرها ممن
يرثه ولدها وقف لاجله نصيبه من الميراث باجماع الصحابة عليه ولانه يحتمل وجوده فيرث ويحتمل عدمه فلا يرث
فيوقف حتى يتبين بالولادة احتياطا فان ولد الى سنتين حيا ورث لانه عرف وجوده وان احتمل حدوثه بعد
الموت لكن جعل موجودا قبل الموت حكما حتى يثبت نسبه لقيام الفراش في العدة وهذا اذا كان الحمل من الميت فاما اذا
كان من غير الميت كما اذا ماتت وامه حامل من غير ابيه وزوجها حي فان جاءت به لاكثر من ستة اشهر لا يرث لاحتمال
حدوثه بعد الموت فلا يرث بالشك الا ان يقر الورثة بحملها يوم الموت وان جاءت به لاقل من ستة اشهر فانه
يرث لانا تيقنا بوجوده عند موته ثم الحمل لا يخلو اما ان يكون ممن يحجب حجب حرمان او حجب نقصان او يكون مشاركا
لهم فان كان يحجب حرمان فان كان يحجب الجميع كالاخوة والاخوات والاعمام وبنيهم يوقف جميع التركة الى ان
تلد لجواز ان يكون الحمل ابنا وان كان يحجب البعض كالاخوة والجدة يعطون نصيبهم ويوقف الباقي وان كان يحجبهم
ولكن يشاركهم بان ترك بنين او بنات وحملا روى ابن المبارك عن ابي حنيفة رح انه يوقف له نصيب اربعة
من البنين او البنات ايهما اكثر لانه قد وقع ذلك فيوقف ذلك احتياطا وكان شريك ابن عبد الله ممن حملت
به امه مع ثلاثة وروى الخصاف عن ابي يوسف وهو قوله انه يوقف نصيب ابن واحد وعليه الفتوى لانه الغالب
المعتاد وما فوقه محتمل والحكم يبنى على الغالب دون المحتمل وعن ابي يوسف في رواية هشام عنه نصيب ابنين
لانه كثير الوقوع وما زاد عليه نادر فلا اعتبار به فان خرج اكثره حيا ثم مات ورث لان للاكثر حكم الكل وان خرج اقله
حيا فمات فلا يرث لانه كان حيا في بطن امه وانما يعرف حيوته بان تنفس كما ولد او استهل بان يسمع له صوت
او عطس او تحرك عضو منه كعينه او شفته او يده لان بهذه الاشياء تعرف حيوته قال عليه السلام اذا استهل الصبي
ورث وصلي عليه فاذا خرج مستقيما فان خرج صدره ورث وان خرج منكوسا يعتبر خروج اكثر بدنه وان بعد الاستهلال
ورث وورث عنه الكل من الاختيار **باب المناسخة** لغة مفاعلة من النسخ بمعنى النقل والتحويل واصطلاحا ان ينتقل
نصيب بعض الورثة بموته قبل القسمة الى من يرث عنه وهذا معنى قوله ان يموت بعض الورثة قبل القسمة ففيه نقل
العمل والتصحيح الى الفريضة الثانية فصحح فريضة الميت الاول في المسئلة الاولى اولا ثم صحح فريضة الميت الثاني في
المسئلة الثانية فان استقام اي انقسم نصيب الميت الثاني من فريضة الاول على مسئلته اي مسئلة الميت الثاني فقد
صحت المسئلتان مثاله ابن وبنت مات الابن عن ابنين فريضة الاول من ثلاثة للابن سهمان وللبنت سهم وفريضة
الثاني من اثنين فيقسم نصيبه على ورثته والا اي وان لم يستقم نصيب الميت الثاني من فريضة الاول على فريضته فان كان
بين سهامه ومسئلته موافقة فاضرب وفق التصحيح الثاني اي وفق تصحيح المسئلة الثانية في التصحيح الاول ان
وافق نصيبه اي الميت الثاني مسئلته كما اذا مات رجل وترك ابنين وبنتين ثم مات احد الابنين عن امراة وعصبة

الاولى من ستة والثانية من ثمانية وسهامه من الاولى اثنان لا تستقيم على مسئلته لكن توافق فريضته بالنصف
فاضرب وفق فريضته وهو اربعة في الفريضة الاولى ستة تكن اربعة وعشرين منها تصح المسئلتان كان للابن
من الميت الاول سهمان مضروبان في اربعة تكن ثمانية فقد مات عن ثمانية للزوج سهم مضروب في وفق فريضته
وهو سهم يكن لها وللبنت اربعة مضروبة في سهم هي له فلا اى وان لم يوافق سهامه مسئلته فاضرب كل التصحيح
الثاني في كل التصحيح الاول فالحاصل من الضرب مخرج المسئلتين اى تصحيح الاولى والثانية كما لو ماتت عن زوجة وثلث
اخوات متفرقات ثم ماتت الاخت عن الابوين وخلفت زوجا واختا لاب واختا لام الاولى من ثلاثة عشر والثانية
من سبعة وسهام الميت الثاني من التركة الاولى ستة لا تستقيم على مسئلتها وهي سبعة ولا موافقة فاضرب سبعة في ثلاثة
عشر تكن احدى وتسعين منها تصح المسئلتان ثم اضرب سهام ورثة الميت الاول في وفق التصحيح الثاني ان كان
حصل موافقة او في كله ان لم يحصل التوافق ولا موافقة وسهام ورثة الميت الثاني في وفق ما في يده ان كان
موافقة او في كله اذا لم يحصل موافقة ولا استقامة فما خرج فهو نصيب كل فريق فللزوجة في المسئلة المذكورة من المسئلة الاولى
ثلاثة في سبعة تكن احد وعشرون وللاخت من الام كذلك اثنان في سبعة باربعة عشر وللزوج من ثمانية ثلاثة في كل ما في يد
بنته وهو ستة بثمانية عشر وللاخت لاب مثله وللاخت لام واحد في ستة بستة فان مات ثالث بجعلت فاجعل المبلغ
اى الذي صحت منه الاولى والثانية مكان الاولى والثالث مكان التصحيح الثاني وكذا تفعل ان مات رابع او خامس
وهلم جرا والذي يسهل ذلك المباشرة وكثرة العمل بتوفيق الله تعالى فصل في الفرائض الفروض المقدرة في كتاب الله تعالى
نوعان النوع الاول النصف ونصفه اى ونصف النصف وهو الربع ونصف نصفه وهو الثمن والنوع الثاني الثلثان
ونصفهما اى ونصف الثلثين وهو الثلث ونصف نصفهما وهو السدس فالنصف يخرج من اثنين والربع من اربعة
والثلث من ثلاثة والسدس من ستة اعلم ان هذه الفروض لا يخلو اما ان يجئ كل فرض منها منفردا او مختلطا بغيره فان
جاء منفردا فمخرج كل فرض سميه وهو المخرج الذي يشاركه في الحروف الا النصف فانه من اثنين وليس سمي له وذلك
لان مثل الثمن من ثمانية والسدس من ستة والثلث من ثلاثة والربع من اربعة وان جاء مختلطا بغيره فلا يخلو اما ان يختلط
كل نوع بنوعه او احد النوعين بالنوع الاخر فان اختلط كل نوع بنوعه فمخرج الاقل منه يكون مخرجا للكل لان ما كان مخرجا
لجزء يكون مخرجا لضعفه ولضعف ضعفه كالثمانية مخرج للثمن ثم الستة مخرج للسدس ولضعفه ولضعف ضعفه وان اختلط
احد النوعين بالنوع الاخر فمخرجهما من اقل عدد يجمعهما فان اختلط النصف من النوع الاول بالنوع الثاني اى بكل النوع
الثاني اى بالثلثين والثلث والسدس كما اذا تركت زوجا واما واختين لابوين واختين لام او ببعضه كما اذا
اختلط النصف بالثلث فقط كما اذا خلفت زوجا واختين لام او اختلط النصف بالثلثين فقط كما اذا خلفت زوجا
واختين لابوين او اختلط بالسدس وحده كما اذا خلف اما وبنتا او اختلط بالثلث او بالثلثين معا كما اذا تركت
زوجا واختين لابوين واختين لام فقط او اختلط بالثلثين والسدس معا كما اذا تركت زوجا واختين لابوين
واما او اختلط بالثلث والسدس معا كما اذا تركت زوجا واختين لام واما فمن ستة اى فمخرج الفروض في هذه
الاختلاطات كلها ستة وذلك لان مخرج النصف اثنان ومخرج الثلث والثلثين ثلاثة وكلاهما داخلان في الستة
وهي مخرج النصف المختلط بفروض النوع الثاني على جميع الوجوه المذكورة وايضا بين مخرج النصف والثلث مباينة
فاذا ضرب احدهما في الآخر حصل ستة وهي مخرج لهما وان اختلط الربع من النوع الاول بكل النوع الثاني اى
بالثلثين والثلث والسدس كما اذا خلف زوجة واما واختا لابوين واختين لام او ببعضه كما اذا اختلط

بالثلثين

بالثلثين فقط كزوج وبنتين او بالثلث فقط كزوجة وام او بالسدس فقط كزوجة وواحد من اولاد الام او اختلط
بالثلثين والسدس معا كزوجة وام واختين لابوين او بالثلثين والثلث كزوجة واختين لابوين واختين لام
او بالثلث والسدس كزوجة وام واختين لام فمن اثني عشر اى هو مخرج مسائل هذه الاختلاطات الثنائية والثلاثية
والرباعية وذلك لان مخرج اقل جزء من النوع الثاني هو الستة وقد دخل فيها مخرج الثلث والثلثين فاكتفينا بها مخرجا للكل
ثم اخذنا مخرج الربع وهو الاربعة فوجدنا بينها وبين الستة موافقة بالنصف فضربنا نصف احدهما في كل الاخرى فصار اثني
عشر وايضا مخرج الثلث والثلثين ثلاثة وهي مباينة للاربعة فضربنا الكل في الكل فحصل ايضا اثنا عشر فهو مخرج هذه الفروض المختلطة
ومنه يخرج مسائلها المذكورة او اختلط الثمن من النوع الاول بكل بعض النوع الثاني كما اذا اختلط بالثلثين والسدس
كزوجة وبنتين وام او بالثلثين فقط كزوجة وبنتين او بالسدس فقط كزوجة وام وابن ولا يمكن اختلاط الثمن بكل النوع الثاني
الا عند ابن مسعود كما اذا ترك ابنا كافرا وزوجة واما واختين لابوين واختين لام فهذه الصورة غير واقعة على ما رأينا لان
الثمن اذا كان للمرأة وجب ان يكون صاحب الثلثين بنتين وصاحب السدس اما او جدة ومع بنتين يعدم صاحب الثلث لان
صاحبه اما الام او اولاد الام والام ههنا قد حجبت من الثلث الى السدس واولادها قد حجبوا من جميع الثلث فيكون اختلاط الثمن
بالثلثين والسدس فقط دون الثلث خلافا لابن مسعود حيث تقع الصورة المذكورة عنده لان المحروم يحجب عنده حجب نقصان
فالابن المحروم يحجب الزوجة من الربع الى الثمن كذا في شرح السيد على السراجية فمن اربعة وعشرين يعني ان مخرج فرائض هذه
الاختلاطات كلها هو هذا العدد ومنه يخرج مسائلها وذلك لان مخرج اقل جزء من النوع الثاني هو الستة التي دخل فيها
مخرج الثلث والثلثين فوجب الاكتفاء بها كما عرفت وبين الستة ومخرج الثمن اعني الثمانية موافقة بالنصف فضربنا نصف
احدهما في كل الاخرى فحصل اربعة وعشرون وايضا بين مخرج الثلث والثلثين ومخرج الثمن مباينة فضربنا الكل في الكل فصار
الحاصل ايضا اربعة وعشرين فمنها يخرج الفروض المختلطة بالثمن واذا انكسر سهام كل فريق من الورثة عليهم اى على عدد رؤسهم
او باينت سهامهم عددهم فاضرب عددهم في اصل المسئلة فالحاصل من الضرب هو التصحيح اعلم ان الفريضة اذا صحت فان
انقسمت سهام كل فريق على رؤسهم بلا كسر فلا حاجة الى الضرب وان انكسر فاضرب عدد رؤس من انكسر عليهم في اصل المسئلة
وعولها ان كانت عائلة فما خرج صحت منه المسئلة مثالها كامرأة واخوين اصلها من اربعة للمرأة الربع وهو واحد يبقى ثلاثة
فلا يستقيم على الاخوين ولا موافقة بين الثلاثة والاثنين فاضرب عدد رؤسهما وهو اثنان في اصل المسئلة وهو اربعة
تكن ثمانية فمنها تصح المسئلة وان وافق سهامهم اى سهام الفريق المنكسر عليهم عددهم اى عدد رؤسهم فاضرب عددهم
في اصل المسئلة فالخارج من الضرب هو التصحيح كامرأة وستة اخوة للزوج الربع فبقي ثلاثة لا تستقيم على الستة وبينهما موافقة
بالثلث فاضرب وفق عددهم واثنان واثنان في اصل المسئلة وهو اربعة تكن ثمانية فمنها تصح المسئلة وان وافق سهامهم
اى سهام الفريقين المنكسر عليهم عددهم اى عدد رؤسهم فاضرب عددهم في اصل المسئلة فالخارج من الضرب
التصحيح كامرأة وستة اخوة للزوجة الربع فبقي ثلاثة لا تستقيم على ستة وبينهما موافقة بالثلث فاضرب وفق
عددهم واثنان في اصل المسئلة وهو اربعة تكن ثمانية فمنها تصح المسئلة كان للزوجة سهم في اثنين يكن اثنين
وللاخوة ثلاثة من اثنين تكن ستة لكل واحد سهم وان انكسر سهام فريقين من الورثة او اكثر من فريقين وغاية
ما يوجد في الفرائض عرف ذلك بالاستقراء فينظر بين الرؤس اما ان تتماثل او تتوافق او تتباين ولكل حكم فاشار
بقوله وتماثلت اعداد رؤسهم كاثنين واثنين وثلاثة وثلاثة فاضرب احد الاعداد في اصل المسئلة عند التماثل
كثلاث بنات وثلاثة اعمام اصلها من ثلاثة للبنات الثلثان اى الاثنان من ثلاثة فلا يستقيم عليهن ولا موافقة

وللاعمام سهم واحد ولا يستقيم عليهم ولا موافقة فقد انكسر على الفريقين ولا موافقة بين رؤس البنات والاعمام
ولكنهما متماثلان فاضرب عدد احدهما وهو ثلاثة في اصل المسئلة تكن تسعة فمنها تصح المسئلة وان تداخلت الاعداد
اي اعداد الرؤس كثلاثة وستة واربعة وثمانية فاضرب الاكثر في اصل المسئلة اي اكثر الاعداد في مخرج الفروض وقوله كاربع
زوجات وثلاث جدات واثني عشر عما مثال انكسار السهام على اكثر من فريقين اصلها من اثني عشر للزوجات الربع
فهو ثلاثة وللجدات السدس سهمان وللاعمام ما بقي وهو سبعة ولا موافقة بين الاعداد والسهام لكن الاعداد متداخلة
فاضرب اكثرها وهو اثني عشر في اصل المسئلة تكن مائة واربعة واربعين فمنها تصح كان للزوجات ثلاثة في اثني عشر ستة
وثلثين لكل زوجة تسعة وكان للجدات سهمان في اثني عشر اربعة وعشرين لكل جدة ثمانية وكان للاعمام سبعة في
اثني عشر اربعة وثمانين لكل عم سبعة وان وافق بعض الاعداد اي اعداد الرؤس المنكسر عليهم بعضا فاضرب
وفق احدهما في جميع الثاني والمبلغ اي الخارج بالضرب في وفق الثالث ان وافق اي الخارج على الثالث والا اي وان
لم يوافق الخارج الثالث ففي اي فيضرب في جميعه اي جميع الثالث ويضرب المبلغ الخارج في الرابع كذلك اي في وفقه
ان وافق والا ففي جميعه ثم يضرب الحاصل في اصل المسئلة اي مخارج فروضها كاربع زوجات وخمسة عشر جدة وثماني
عشر بنتا وستة اعمام اصلها من اربعة وعشرين للزوجات الثمن ثلاثة لا تستقيم ولا توافق وللجدات السدس
اربعة كذلك وللبنات الثلثان ستة عشر بينهم موافقة بالنصف فترجع الى النصف وهي تسعة بقي للاعمام
سهم معنا اربعة وخمسة عشر وتسعة وستة وبين التسعة والستة موافقة بالثلث فاضرب ثلث احدهما في الاخر
تكن ثمانية عشر بينها وبين الخمسة عشر موافقة بالثلث ايضا فاضرب ثلث احدهما في الاخر تكن تسعين وهي توافق
الاربعة بالنصف فاضرب اثنين في تسعين تكن مائة وثمانين فاضربها في اصل المسئلة اربعة وعشرين تكن
اربعة الاف وثلاث مائة وعشرين فمنها تصح المسئلة وان تباينت الاعداد اي اعداد الرؤس بعد النظر
بينها وبين سهامها فاضرب كل احدهما في جميع العدد الثاني ثم المبلغ الخارج بالضرب في العدد الثالث ثم
المبلغ الخارج بالضرب في العدد الرابع كذلك ثم المبلغ الحاصل بالضرب في اصل المسئلة كامراتين وعشر
بنات وست جدات وسبعة اعمام اصلها من اربعة وعشرين للمراتين الثمن ثلاثة لا يستقيم عليهن ولا
توافق وللبنات الثلثان ستة عشر بينهما موافقة بالنصف فيرجع روسهن الى خمسة وللجدات السدس
اربعة بينهما موافقة بالنصف ايضا ترجع الى ثلاثة وللاعمام سهم بقي اثنان وخمسة وثلاثة وسبعة كلها متباينة
فاضرب اثنين في خمسة تكن عشرة اضربها في ثلاثة تكن ثلاثين اضربها في سبعة تكن مائتين وعشرة فاضربها
في اصل المسئلة تكن خمسة الاف واربعين كذا في الاختيار وان كانت المسئلة عائلة فاضرب ما ضربته في الاصل
فيه مع العول في جميع ذلك كزوج وابوين وست بنات اصلها من اثني عشر وعالت الى خمسة عشر وانكسر سهام
البنات عليهن وبين سهامهن ورؤسهن موافقة بالنصف فرد عدد رؤسهن الى نصفه وهو ثلاثة
ثم تضربها في اصل المسئلة مع عولها وذلك خمسة عشر فيحصل خمسة واربعون ومنها تصح المسئلة

فصل في بيان التداخل والتوافق والتباين اعلم ان لكل عددين لا يخلو عن هذه الاقسام الاربعة اما المتماثلان فهما المتساويان
كالثلاثة والثلاثة والاربعة والاربعة وهذا يعرف بالبداهة وتداخل العددين يعرف بان تطرح الاقل من الاكثر
مرتين او اكثر كالثلاثة والستة او اكثر من المرتين كما بين الثلاثة والتسعة فيفنيه من الافناء فالنسبة بين الثلاثة
والستة وكذا بين الثلاثة والتسعة تسمى تداخلا لانك اذا طرحت ثلاثة من الستة افنيتها بالكلية وكذا اذا طرحت

ثلاثة ثلاثة

ثلاثة ثلاث مرات من التسعة لم يبق شيء او تقسم العدد الاكثر على العدد الاقل فينقسم قسمة صحيحة لا كسر فيها
كالخمسة مع العشرين فان بينهما تداخل لانك اذا قسمت العشرين على الخمسة يخرج اربعة صحيحة وقس على هذا سائر
المتداخلين وتوافقهما اي العددين في جزء كالنصف ونحوه يعرف بان تنقص الاقل من الاكثر من الجانبين حتى
يتوافقان اي العددان في مقدار معين فان توافقا في واحد فهما اي العدد الاقل والاكثر متباينان ولا
توافق بينهما وان توافقا في اكثر من واحد فهما اي العددان متوافقان في الجزء الذي مخرجه ذلك العدد اذا
نقصت والقيت من العشرة سبعة بقي ثلاثة واذا القيت ثلاثة من السبعة مرتين بقي واحد واذا القيت واحدا
من الثلاثة مرتين يبقى واحدا ايضا فقد اتفق العشرة والسبعة بالقاء الاقل من الجانبين مرارا في الواحد
فانه الباقي لكل منهما في بعض درجات الالقاء فهما متباينان واذا القيت من الثمانية عشر ثمانية مرتين بقي منها
اثنان واذا القي اثنان من الثمانية ثلاث مرات بقي منها ايضا اثنان فهما عددان متوافقان بالنصف وهذا
معنى قوله فان كان اي فان كان ما يتوافق العددان به بالنقص من الجانبين اثنين فهما متوافقان بالنصف
كما في الاربعة مع العشرة وان كان ثلاثة فالثلث كما في التسعة واثني عشر او كان اربعة فالربع كالثمانية واثني
عشر هكذا الى العشرة اي يكون التوافق في الاعداد التي هي العشرة وما دونها بواحد من الكسور التسعة المشهورة
وهي النصف الى العشر وتسمى هي مع ما يتركب منها بالاضافة او التكرير بالكسور المنطقة وان توافقا في احد
عشر فبجزء من احد عشر من الكسور الاصم التي لا يمكن التعبير عنها الا باضافتها الى مخارجها ففي احد عشر يتوافقان
بجزء من احد عشر كالاثنين مع ثلاثة وثلثين فان العدد الذي يعدهما احد عشر فقط وهو مخرج جزء من
احد عشر وفي ثلاثة يتوافقان بجزء من ثلاثة عشر كستة وعشرين وتسعة وثلاثين فان العاد لهما ثلاثة عشر وفي
خمسة عشر يتوافقان بجزء من خمسة عشر كثلثين مع خمسة واربعين فان خمسة عشر يعدهما معا فهما متوافقان
بجزء منها وهلم جرا اذا توافقا في اكثر ذلك ثم الوجه في انحصار النسب بين العددين في الاقسام الاربعة انك اذا
نسبت عددا الى آخر فان ساواه فهما متماثلان والا فان كان الاول مفنيا للاكثر فمتداخلان وان لم يكن
مفنيا له فاما ان يعدهما عدد غير الواحد فهما متوافقان او لا يعدهما غيره فمتباينان وان اردت معرفة
نصيب كل فريق من الورثة من التصحيح اي من العدد الذي صحت منه المسئلة فاضرب ما كان له اي لذلك
الفريق من اصل المسئلة فيما ضربته في اصل المسئلة اي في المضروب الذي ضربته في اصلها فما خرج من هذا الضرب
فهو نصيبه اي نصيب ذلك الفريق من التصحيح الذي ضربت سهامه وكذا العمل في معرفة نصيب كل فرد
من افراد ذلك الفريق من التصحيح ان تقسم المضروب على اي فريق شئت ثم اضرب الخارج في نصيب
ذلك الفريق فالحاصل نصيب كل واحد من ذلك الفريق وان شئت فانسب سهام كل فريق من اصل
المسئلة على عدد رؤسهم ثم اعط بمثل تلك النسبة من المضروب لكل فرد منهم قال في السراجية وههنا وجه آخر
وهو طريق النسبة وهو الاصح اذ لا يحتاج فيه الى قسمة وضرب كما في الاول وهذا الطريق ان تنسب سهام
كل فريق من اصل المسئلة الى عدد رؤسهم منفردا من اعداد رؤس غيرهم ثم تعطي تلك النسبة من المضروب
لكل واحد من احاد ذلك الفريق ففي المسئلة المذكورة للتباين وهي امرأتان وعشر بنات وست جدات وسبعة
اعمام اذا انسبت سهام المراتين وهو ثلاثة اليهما كانت النسبة مثلا ونصفا واذا اعطيت كل واحدة منهما من
المضروب بمثل تلك النسبة اعني مثله ونصفه كان ثلثمائة وخمسة عشر واذا انسبت سهام البنات وهي ستة

عشر الى عدد رؤسهن وهي عشرة كانت النسبة مثلا وثلاثة اخماس مثل واذا اعطيت كل بنت مثل المضروب ومثل
ثلاثة اخماسه كان لها ثلثمائة وستة وثلثون واذا نسبت سهام الجدات وهو اربعة الى عدد رؤسهن وهي ستة كانت النسبة
ثلثي واحد واذا اعطيت كل جدة ثلثي المضروب كان لها مائة واربعون واذا نسبت سهام الاعمام وهو واحد الى عدد
رؤسهم وهو سبعة كانت النسبة سبع واحد واذا اعطيت كل واحد منهن سبع المضروب حصل له ثلاثون وان
كانت التركة دراهم او دنانير اردت قسمة التركة بين الورثة او الغرماء فانظر بين التركة والتصحيح فان كان بينهما
موافقة فاضرب سهام كل وارث من التصحيح في وفق التركة ثم اقسم المبلغ الحاصل من الضرب على وفق التصحيح فما خرج
فهو نصيب ذلك الوارث كزوج واخوين لام واختين لابوين والتركة ستون درهما او دينارا فالمسئلة من ستة وتعول الى
تسعة وبينهما موافقة بالثلث فيضرب سهام الزوج وهي ثلاثة في وفق التركة وهي عشرون تكن ستين تقسم على
وفق التصحيح وهي ثلاثة يخرج عشرون وهو نصيبه وهكذا تفعل في الاخوين لام وغيرهما وان لم يكن بينهما اي بين التركة
والتصحيح موافقة فاضرب سهام كل وارث من التصحيح في جميع التركة ثم اقسم الحاصل على جميع التصحيح فما خرج بالقسمة
فهو نصيبه اي ذلك الخارج كزوج وام واخت والتركة تسعة دنانير فالمسئلة من ثمانية ولا موافقة بينها وبين التركة فاضرب
سهام الزوج وهي ثلاثة في التركة وهي تسعة تكن سبعة وعشرين اقسمها على التصحيح وهي ثمانية يخرج ثلاثة وربع وثمن وللاخت
مثله وللام اثنان اضربهما في التركة تبلغ ثمانية عشر اقسمها على المسئلة يخرج اثنان وربع وكذا العمل لمعرفة نصيب كل فريق
من الورثة وفي معرفة القسمة بين الغرماء اي ارباب الديون اجعل مجموع الدين كالتصحيح وكل دين كسهام وارث
ثم اعمل العمل المذكور اعلم ان الباقي من التركة بعد التجهيز والتكفين ان وفى بالديون فلا اشكال لان كل غريم يأخذ دينه
كملا وان لم يف بها مع تعدد الغرماء فالطريق في معرفة نصيب كل غريم من تلك التركة القاصرة ان يجعل دين كل واحد
منهم بمنزلة سهام كل وارث من تصحيح المسئلة ويجعل مجموع الديون بمنزلة مجموع التصحيح ويعمل بها ما مر في تعيين كل
وارث فان مات شخص وترك تسعة دنانير وكان عليه لواحد عشرة دنانير وللآخر خمسة دنانير وجمعنا الدينين صار
المجموع خمسة عشر وهي بمنزلة التصحيح وبين التسعة والخمسة عشر موافقة بالثلث فاذا ضربنا دين من له عشرة دنانير على الميت
في ثلث التسعة حصل ثلاثون فاذا قسمنا هذا الحاصل على وفق التصحيح وهو خمسة كان الخارج وهو ستة نصيب من
كان له عشرة واذا ضربنا دين من له خمسة دنانير عليه في وفق التركة اعني ثلاثة حصل خمسة عشر فاذا قسمنا هذا المبلغ
على ثلث التصحيح كان الخارج وهو ثلاثة نصيب من كان له خمسة ولو فرضنا ان التركة في الصورة المذكورة ثلاثة عشر
كان بين التصحيح والتركة مباينة فحينئذ يضرب دين صاحب العشرة في كل التركة فيحصل مائة وثلاثون فاذا قسمنا هذا
المبلغ على كل التصحيح وهو خمسة عشر كان الخارج وهو ثمانية وثلثان نصيب من كان له عشرة ويضرب ايضا دين صاحب
الخمسة في جميع التركة فتبلغ خمسة وستين فاذا قسمنا بلغنا هذا المبلغ على خمسة عشر خرج اربعة وثلث وهو نصيب من كان
له خمسة ولو فرضنا في تلك الصورة ان التركة خمسة دنانير كان بين التركة والتصحيح موافقة بالخمس مع كونهما متداخلين
فاضرب دين صاحب العشرة في خمس التركة وهو واحد واقسم الحاصل وهو عشرة على خمس التصحيح وهو ثلاثة فيكون
فيكون الخارج وهو ثلاثة وثلث نصيب من كان له عشرة واضرب ايضا دين من كان صاحب الخمسة في وفق
التركة واقسم الحاصل على وفق التصحيح وهو ثلاثة فيكون الخارج وهو واحد وثلثان نصيب من كان له خمسة
كذا في شرح السيد على السراجية ومن صالح من الورثة والغرماء على شيء معلوم منها اي من التركة سواء كان ذلك
الشيء دينا او عينا فاطرح نصيبه من التصحيح بعد صحة المسئلة مع وجود المصالح بين الورثة ثم اطرح سهام باقي الورثة

من التصحيح

من التصحيح او الديون واقسم الباقي اي ما بقي من التركة بعد ما اخذه المصالح على سهام من بقي من الورثة او ديونهم
فلو تركت زوجا واما وعما كانت المسئلة مع وجود الزوج من ستة وهي مستقيمة على الورثة للزوج منها سهام ثلاثة وللام
سهمان وللعم الباقي وهو سهم واحد فصالح الورثة الزوج عن نصيبه الذي هو النصف على ما في ذمته للزوجة من المهر
وخرج من البين يقسم من التركة ما عدا المهر بين الام والعم اثلاثا بقدر سهامهما من التصحيح وهكذا العمل بين المصالح
من الغرماء وغيره ولا يمكن ان يجعل المصالح كان لم يكن اصلا بناء على انه لا فائدة في جعله داخلا في تصحيح المسئلة مع انه
لا يأخذ شيئا وراء ما اخذه لانه قبض بدله واستوفى نصيبه قبل استيفاء البواقي انصباءهم ولو جعل الزوج كان لم يكن
لكان للام سهم واحد لانه الثلث بعد خروج الزوج من البين وللعم سهمان لانه الباقي بعد الفرض ولكن تأخذ ثلث
الكل وهو سهمان من ستة وللزوج النصف ثلاثة وقد استوفاه باخذ بدله فبقي السدس وهو سهم للعم وكذا لو
ماتت المرأة وخلفت ثلاث اخوات متفرقات وزوجا فصالحت الاخت لابوين وخرجت من البين كان الباقي بينهم
اخماسا ثلاثة للزوج وسهم للاخت لاب وسهم للاخت لام على ما كان لهم من ثمانية لان اصلها من ستة وتعول الى
ثمانية فاذا استوفت الاخت نصيبها وهو ثلاثة بقي خمسة ولو جعلت كانها لم تكن لكانت من ستة وتعول بهم الى سبعة
والله اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب كذا في شرح السيد والزيلعي قال المصنف رحمه الله قال الفقير هذا آخر ملتقى الابحر وقد ال
جهدت في عدم ترك شيء من مسائل الكتب الاربعة المذكورة في خطبة الكتاب والتمس من الناظر فيه ان اطلع على
الاخلال بشيء منها ان يلحقه بمحله فان الانسان محل النسيان ولكن ذلك الالحاق بعد تأمل في مظان تلك المسئلة
فانه ربما ذكرت بعض المسائل في بعض الكتب المذكورة في موضع وفي غيره في موضع آخر فاكتفيت بذكرها في احد الموضعين
ثم اني زدت مسائل كثيرة من كتاب الهداية ومن مجمع البحرين ولم ازد شيئا من غيرهما حتى يسهل الطلب على من اشتبه
عليه صحة شيء مما ليس في الكتب الاربعة والله حسبي ونعم الوكيل وتم تبييضه بين الصلوتين من يوم الثلثاء ثالث
عشر من رجب الرجب سنة ثلاث وعشرين وتسعمائة على يد العبد الفقير الى الله الغني ابراهيم بن محمد بن ابراهيم
الحلبي والحمد لله رب العالمين. وقال الشارح المفتقر الى الله الغني عبد النافع بن سليم بن احمد القرمي

كان جمع هذا الشرح المسمى بزاد العقبى في شرح الملتقى في ضمن خمس سنين غير سني
التعطيل وايامه لمانع والشارح الجامع حينئذ ابن احدى وخمسين سنة
وتيسر الاتمام بزاوية الجامع الكبير الواقع بقصبة المجر وسته
في وقت العصر من يوم الاحد الواقع سابع عشر رجب
المرجب سنة سبع وثلاثين ومائة والف
من هجرة من له العز والشرف جعله الله خالصا
لوجهه الكريم انه هو البر الرحيم
والحمد لله رب العالمين
والصلوة على محمد
واله وصحبه
اجمعين

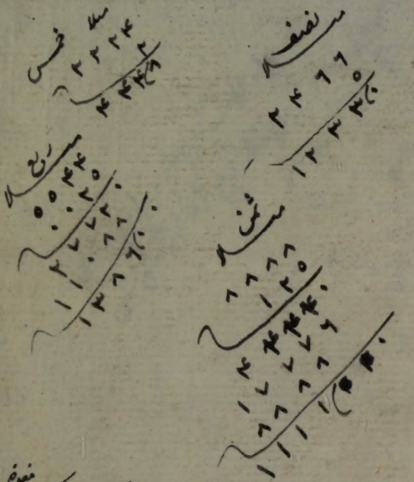
تم بعون الله الكريم الرحيم اتمام تبييضه
في ٢ ربيع الاول سنة
اربعين ومائة والف

مجموع مالی یکرمی بشه ضرب ایدن لر حاصل اولان عددیک ایکه طرح اولندقده باقیسی دبعدر

مجموع مالی گبشه ضرب ایدن لر حاصل اولان عددیک برخانه سی طرح اولندقده باقیسی نصفدر

مجموع مال ایکی یه ضرب ایدن لر حاصل اولان عددیک برخانه سی طرح اولندقده باقیسی خمسدر

مجموع مالی یوز یکرمی بشه ضرب ایدن لر حاصل عددیک اوچ خانه سی طرح اولندقده باقیسی ثمندر



وكذا الانفحة بكسر الهمزة وفتح الفاء وقد تكسر وهي ما يكون في معدة الرضيع من اجزاء اللبن طاهرة عند ابي حنيفة اذا خرجت من ميتة سواء كانت جامدة او مائعة وعندهما المائعة نجسة والجامدة متنجسة تطهر بالغسل اما لو خرجت من زكاة فلا خلاف في طهارتها شرح عسه

ورق

٢٧٦

موجزی یانوسی اوغلی سیدیانم و ویردیم منقصر
اولوب بعده ایکیوز الالی غروشی الدیم بی
ایچ سیم السنه ۱۰۰